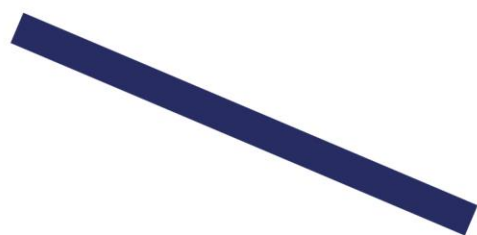




Nota

# **Telefonische uitnodiging tot deelname aan een polygraaftest: recht op bijstand van een advocaat?**

vrijdag 7 april 2023



**/OVB**  
ORDE VAN  
VLAAMSE  
**BALIES**

## Inleiding

De Orde van Vlaamse Balies heeft de melding gekregen dat verdachten telefonisch worden gecontacteerd met de vraag tot bereidwilligheid voor het afleggen van een polygraaftest. We hebben onderzocht of en in welke mate men hierbij gebonden is of zou moeten zijn aan de modaliteiten van een verhoor, waardoor de verdachte moet worden bijgestaan door een raadsman.

## De probleemstelling

De polygraaftest staat in artikel 112*duodecies* van het Wetboek van Strafvordering, zoals ingeschreven door de wet van 4 februari 2020. De technische vereisten zijn vastgelegd bij Koninklijk Besluit van 28 juni 2021.

Noch de wet, noch het KB maken expliciet gewag van de mogelijkheid tot een telefonische contactname met de vraag om deel te nemen aan een polygraaftest en of dit kan worden beschouwd als een verhoor in de zin van artikel 47bis Sv. Zij bepalen enkel dat de verdachte de vrije keuze heeft om al dan niet toe te stemmen met een polygraaftest en dat die toestemming met kennis van zaken dient te gebeuren. Daarvoor moet de betrokkene een proces-verbaal van toestemming ondertekenen. De wet vermeldt duidelijk dat daarbij een advocaat aanwezig mag zijn.<sup>1</sup> Zelfs als de verdachte voordien telefonisch gecontacteerd zou worden met die vraag en dan al zou bevestigen bereid te zijn een polygraaftest af te leggen, volstaat dit dus niet. In theorie zou men daarom alvast kunnen stellen dat de verdachte bij de ultieme beslissing tot deelname aan de polygraaftest steeds kan worden bijgestaan door zijn advocaat.

De werkelijkheid is echter complexer. Er wordt namelijk sowieso een proces-verbaal van dit onderhoud opgemaakt, inzonderheid van het gegeven of de persoon al dan niet onmiddellijk zijn goedkeuring heeft gegeven. In de rubriek inlichtingen wordt ook de houding van de verdachte omschrijven. Hoewel het de verdachte op ieder ogenblik toegestaan is om de toestemming in te trekken en daar geen enkel rechtsgevolg aan mag worden gegeven, kan in de praktijk zijn/haar houding toch als belastend worden weerhouden. Bovendien zal een verdachte na eerdere telefonische toestemming en wanneer alles in gereedheid is gebracht voor de test misschien niet steeds meer durven weigeren.

De kwestie vereist derhalve verdere analyse.

## Is de vraag tot toestemming een verhoor?

### Geen definitie

De wetgever heeft er destijds bewust voor gekozen om, tegen het advies van de Raad van State in<sup>2</sup>, het begrip verhoor niet te definiëren in de Salduz-wet. Vermits België één van de weinige landen is waar de polygraaftest als (ondersteunend) bewijs kan worden gebruikt, vindt men met betrekking tot deze specifieke vraag ook in de Europese rechtspraak niets terug.

De parlementaire voorbereiding van de Salduz-wet biedt wel enige verduidelijking: "(...) wordt onder het begrip verhoor begrepen een geleide ondervraging aangaande misdrijven die ten laste kunnen worden gelegd, door een daartoe bevoegde persoon geacteerd in een proces-verbaal, in het kader van een

<sup>1</sup> Art. 112*duodecies*, § 6 Sv.; Ministeriële omzendbrief van 22 april 2022 betreffende het gebruik van de polygraaf in de strafrechtspleging, *BS* 6 juli 2022, 3.2 en 4.5.1.

<sup>2</sup> Adv.RvS nr. 49.413/AV van 19 april 2011, *Parl.St.* Kamer 2010-11, DOC 53, 1279/002.

opsporings- of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden.” Dit wordt verder gespecificeerd: “Een verhoor is een vorm van gesprek, maar niet elk gesprek is een verhoor. Een verhoor impliceert een vraag- en antwoordsituatie waarbij de verbalisant doelgericht onderzoek verricht”. En nog: “bij een verhoor leidt, stuurt en interpelleert de ondervrager, specifiek gericht op het verkrijgen van inlichtingen van de verhoorde. Het is een zaakgericht ondervragen betreffende de kwalificatie van het misdrijf, de bewijzen en relevante bijzonderheden ervan.”<sup>3</sup>

Een definitie van het verhoor vinden we ook in COL 8/2011 van het College van procureurs-generaal, maar deze verschuift het interpretatieprobleem gewoon naar het begrip “geleide ondervraging”:

- “de door de daartoe bevoegde persoon of gerechtelijke overheid geleide ondervraging,
- van een persoon aangaande misdaden of wanbedrijven die hem ten laste kunnen gelegd worden,
- waarvan de straf aanleiding kan geven tot het verlenen van een bevel tot aanhouding, met uitzondering van de wanbedrijven bedoeld in art. 138, 6°, 6°bis en 6ter Sv., en/of waarvoor de verdachte van zijn vrijheid werd beroofd,
- die verloopt overeenkomstig de artikelen 47bis Sv. en 2bis WvH en de daarin opgesomde vormvoorschriften.”<sup>4</sup>

In de rechtspraak werd verhoor lange tijd vooral negatief omschreven. Het Hof van Cassatie brengt daar de laatste jaren verandering in: “een verhoor in de zin van artikel 47bis Wetboek Strafvordering is een geleide ondervraging over misdrijven die aan een in dat artikel bedoelde persoon ten laste kunnen worden gelegd door een daartoe bevoegde ambtenaar geacteerd in een proces-verbaal in het kader van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden.”<sup>5</sup>

Deze definitie sluit grotendeels aan bij de toelichting in de parlementaire voorbereiding van de Salduz-wet waarbij een scheidingslijn wordt getrokken tussen spontane inlichtingen en een formeel verhoor. Dat blijft evenwel allemaal multi-interpretabel.<sup>6</sup> Het lijkt ons in ieder geval niet zo dat er, in de woorden van het Grondwettelijk Hof, “niet kan worden aangevoerd dat het begrip aanleiding zou geven tot een dermate grote rechtsonzekerheid dat het voor de rechtzoekende niet mogelijk zou zijn om te bepalen in welke soorten van situaties de wet moet worden toegepast”.<sup>7</sup>

Eenzijds zou men kunnen stellen dat de loutere vraag tot deelname aan een polgyraaftest geen gesprek/ondervraging over het misdrijf *an sich* is en dus ook geen verhoor is, anderzijds kan men argumenteren dat de vraag wel degelijk deel uitmaakt van het doelgericht onderzoek tot waarheidsvinding. Zoals eerder aangehaald is het namelijk menselijk om gevolgen te trekken uit een weigering, zelfs als dat juridisch niet zou mogen. In die optiek zou men kunnen argumenteren dat ook het loutere verzoek om toestemming de facto de kenmerken van een ondervraging draagt. Bovendien kan niet verzekerd worden dat de verbalisant het telefoontje niet in een bepaalde richting stuurt in een poging de betrokkene te overtuigen dat het in diens eigen belang is om deel te nemen.

## Wat valt niet onder verhoor?

In plaats van een positieve invulling voor het begrip te construeren, is het efficiënter om te kijken naar de niet-exhaustieve opsomming van ondervragingen en handelingen die niet onder het begrip vallen.

<sup>3</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, DOC 53 1279/005, 50-51.

<sup>4</sup> COL 8/2011, Richtlijn inzake de organisatie van de bijstand door een advocaat vanaf het eerste verhoor binnen het kader van het Belgische strafprocesrecht, 19.

<sup>5</sup> Cass. 28 mei 2019, AR P.19.0127.N, *T.Strafr.* 2020, afl. 1, 52, noot L. Delbrouck; Cass. 5 november 2019, AR P.19.0384.N, *RW* 2020-21, 778.

<sup>6</sup> J. DE SMEDT, “Vragen staat vrij, verhoren niet. Op weg naar een positieve definitie van het begrip ‘verhoor’ uit artikel 47bis Sv.?” noot onder Cass. 5 november 2019, *NC* 2021, nr. 5, (417) 420.

<sup>7</sup> GwH. 14 februari 2013, nr. 7/2013, nr. B.5.7.

Deze lijst vinden we terug in de parlementaire verslagen<sup>8</sup>, maar werd ook overgenomen in omzendbrief nr. 8/2011 van het College van procureurs-generaal<sup>9</sup>. Wordt onder meer niet als verhoor beschouwd: “de loutere toestemming tot het uitvoeren van een huiszoeking, de toestemming om een hoeveelheid bloed, wangslimvlies of haarwortels af te nemen ter vergelijking van het DNA profiel, het nemen van een monster, de inbeslagneming.”<sup>10</sup> Deze opsporingsverrichtingen ressorteren bijgevolg niet onder de modaliteiten van het verhoor in de zin van artikel 47bis Sv.

Naar analogie met de toestemming voor een DNA-onderzoek lijkt het niet onlogisch dat ook de vraag tot toestemming om een polygraaftest af te leggen hieronder komt te vallen. In beide gevallen gaat het om een loutere toestemming tot verder onderzoek dat bewijs kan opleveren. DNA-resultaten hebben bovendien meer bewijswaarde dan de resultaten van een polygraaftest, die slechts als ondersteunend bewijs van andersoortige bewijsmiddelen in aanmerking mogen worden genomen.<sup>11</sup> Men zou redelijkerwijs kunnen stellen dat de toestemming tot afname van DNA-materiaal grotere juridische gevolgen heeft of kan hebben en dat, daar zelfs deze verrichting al niet als verhoor wordt beschouwd, dit zeker ook niet het geval zal zijn bij de vraag tot deelname aan een polygraaftest.

## Ministeriële omzendbrief van 22 april 2022

Uit bovenstaande bevindingen valt af te leiden dat de loutere vraag tot toestemming (telefonisch of niet) om een polygraaftest af te nemen juridisch gezien moeilijk als verhoor kan worden geïnterpreteerd. Dat wordt duidelijk bevestigd door de ministeriële omzendbrief van 22 april 2022, die het verloop van de procedure van de polygraaftest verder uitwerkt.

De omzendbrief stelt als volgt: “Het voorafgaand onderhoud is dus geen stelselmatige ondervraging van een verdachte door een onderzoeksrechter of een agent of officier van gerechtelijke politie met algemene of bijzondere bevoegdheid, met het oog op het verzamelen van bewijselementen en de waarheidsvinding en is dus geen verhoor in de zin van artikel 47bis van het Wetboek van Strafvordering. De bijstand van een advocaat wordt in dit geval specifiek geregeld door voormeld artikel 112duodecies, § 6, Sv.”<sup>12</sup>

Door daarnaast in het kader van de vraag tot toestemming te verwijzen naar “de te verhoren persoon” suggereert de omzendbrief nogmaals dat er op het moment waarop de vraag gesteld wordt nog geen sprake van een verhoor is.<sup>13</sup>

## Geen verhoor sensu stricto, wel bijstand en waarborgen

Niettegenstaande de conclusies die we met betrekking tot het begrip verhoor kunnen trekken uit de voorgaande alinea's, bevat de ministeriële omzendbrief ook andere bepalingen die relevant lijken voor de voorliggende problematiek.

De omzendbrief maakt een bijkomend onderscheid tussen een eerste en een tweede toestemming, dat niet als dusdanig in de wet staat. De eerste toestemming wordt besproken in punt 3.2 getiteld “eerste onderhoud met de te verhoren persoon met het oog op het afleggen van een polygraaftest”. De tweede

<sup>8</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer* 2010-2011, DOC 53 1279/005, 52.

<sup>9</sup> COL 8/2011, 21.

<sup>10</sup> Zie ook FAQ nr. 178 van de Salduz-denktank: deze Salduzwerkgroep olv. Procureur-generaal Yves Liégeois werd opgericht bij het Expertisenetwerk Strafrechtspleging van het College van procureurs-generaal en bestond uit diverse actoren van het terrein; M. BOCKSTAELE, “Verhoren”, OSS 2019, afl. 92, (249) 253.

<sup>11</sup> Art. 112duodecies, § 10 Sv.

<sup>12</sup> Ministeriële omzendbrief van 22 april 2022 betreffende het gebruik van de polygraaf in de strafrechtspleging, BS 6 juli 2022, 4.5.2.

<sup>13</sup> *Ibid*, 3.2.

toestemming die de betrokkene moet geven vindt vlak voor aanvang van de test plaats en staat in punt 4.5 (“voorafgaand onderhoud”). Het proces-verbaal van toestemming zal door de betrokkene moeten worden ondertekend op beide momenten.

In combinatie met artikel 112duodecies, § 6 Sv. betekent dit dat ook bij het eerste onderhoud (de eerste vraag tot toestemming) een advocaat aanwezig mag zijn en bijstand mag leveren. Meer zelfs, de bevoegde magistraat of de daartoe gevorderde politieambtenaar moet de verdachte expliciet informeren dat hij een advocaat kan raadplegen.<sup>14</sup>

Het blijft weliswaar weinig realistisch om te verwachten dat de meeste mensen koeltjes de boot zullen (willen) afhouden en verwijzen naar hun advocaat als ze een telefoontje van de politie ontvangen met een dergelijk verzoek. Om deze praktijk tegen het licht te houden, stellen we ons daarom volgende vraag: ligt dit telefoontje wel in lijn met de inhoud van de ministeriële omzendbrief?

De omzendbrief stelt als volgt: “*Van dit (eerste) onderhoud wordt een proces-verbaal opgemaakt waarin melding wordt gemaakt van alle voorgaande informatie, inzonderheid van het gegeven of de persoon al dan niet onmiddellijk zijn goedkeuring heeft gegeven. Ingeval betrokkene zijn goedkeuring geeft aan de bevoegde magistraat of aan de politieambtenaar, ondertekent hij het proces-verbaal van toestemming waarvan het model onder bijlage 2 bij deze omzendbrief is gevoegd.*” Dit werd duidelijk geschreven met de intentie dat de betrokkene fysiek aanwezig is. De vraag werd gesteld, het pv kan worden getekend. In de context van een telefoongesprek leidt het namelijk tot verschillende vragen: wordt dit proces-verbaal na afloop van het telefoongesprek dan per mail doorgestuurd en verwacht men dat de betrokkene een digitale handtekening kan zetten? Moet hij enkel daarvoor speciaal naar het politiebureau komen (de test zelf voorafgegaan door de tweede toestemming zal immers pas op een later moment plaatsvinden)? Of worden de eerste en tweede toestemming dan maar gemakshalve samengevoegd vlak voor de start van de polygraaftest (wat problematisch zou zijn)?

Daarnaast moet alle informatie over de polygraaftest opgenomen in bijlage 1 van de omzendbrief worden voorgelezen aan de betrokkene. Dat geldt dus even goed als er toestemming wordt gevraagd via de telefoon. Vervolgens moet de verbalisant de tekst van die bijlage overhandigen, opnieuw een handeling die duidelijk niet geschreven is op maat van een telefonische vraag tot bereidwilligheid om deel te nemen aan een polygraaftest.

Deze vragen en opmerkingen zijn allemaal niet aan de orde als de verbalisant de vraag tot deelname aan een polygraaftest stelt wanneer de verdachte al fysiek aanwezig is, tijdens of vlak na afloop van een klassiek verhoor. Kortom, we zijn geneigd te stellen dat hoewel de voorgeschreven procedure de telefonische vraag tot bereidwilligheid en deelname niet helemaal uitsluit, de omzendbrief geen telefonische toestemming voor ogen lijkt te hebben.

## Conclusie

Hoewel een telefonische vraag tot bereidwilligheid om een polygraaftest af te leggen niet als verhoor in de zin van artikel 47bis Sv. kan worden beschouwd, behoudt de betrokkene vanaf het eerste moment recht op bijstand van een advocaat en moet deze hier zelfs van op de hoogte gebracht worden door de verbalisant. Bovendien ligt de praktijk van telefonische toestemming niet in de lijn van de procedure en de waarborgen die worden uiteengezet in de ministeriële omzendbrief van 22 april 2022.

Zowel om praktische als juridische redenen verdient het daarom aanbeveling dat de vraag tot bereidwilligheid steeds wordt gesteld in het bijzijn van de advocaat.

---

<sup>14</sup> Ibid., 3.2.