



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.664/1
van 15 februari 2021

avis 68.664/1
du 15 février 2021

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
‘tot uitvoering van
artikel 112*duodecies*, § 4, derde
lid, en § 7, van het Wetboek van
Strafvordering tot bepaling van de
minimale informatie die in het
proces-verbaal van toestemming
moet worden opgenomen en
houdende vaststelling van de
technische vereisten waaraan het
toestel waarmee de polygraaf test
wordt uitgevoerd, moet voldoen’

un projet d'arrêté royal ‘portant
exécution de
l'article 112*duodecies*, § 4,
alinéa 3, et § 7, du Code
d'instruction criminelle
déterminant les informations
minimales devant figurer dans le
procès-verbal de consentement et
portant établissement des
exigences techniques auxquelles
l'appareil avec lequel le test
polygraphique est effectué doit
répondre’

Op 12 januari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 februari 2021, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot uitvoering van artikel 112*duodecies*, § 4, derde lid, en § 7, van het Wetboek van Strafvordering tot bepaling van de minimale informatie die in het proces-verbaal van toestemming moet worden opgenomen en houdende vaststelling van de technische vereisten waaraan het toestel waarmee de polygraaftest wordt uitgevoerd, moet voldoen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 4 februari 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Bert THYS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Katrien DIDDEN, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 februari 2021.

*

Le 12 janvier 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 15 février 2021, sur un projet d'arrêté royal ‘portant exécution de l'article 112*duodecies*, § 4, alinéa 3, et § 7, du Code d'instruction criminelle déterminant les informations minimales devant figurer dans le procès-verbal de consentement et portant établissement des exigences techniques auxquelles l'appareil avec lequel le test polygraphique est effectué doit répondre’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 4 février 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Bert THYS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Katrien DIDDEN, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wouter PAS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 février 2021.

*

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de minimale informatie te bepalen die moet worden opgenomen in het proces-verbaal van toestemming met het gebruik van de polygraaftest. Daarnaast bepaalt het ontwerp de technische vereisten waaraan het toestel waarmee de polygraaftest wordt uitgevoerd, moet voldoen.

2. Volgens artikel 112*duodecies* van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) is de polygraaftest “een bijzondere techniek van politionele ondervraging die audiovisueel wordt opgenomen waarbij middels een psychisch-fysiologische procedure de waarachtigheid van verklaringen wordt nagegaan door registratie van fysiologische parameters aan de hand van grafieken”. Artikel 112*duodecies* Sv. verschaft de procureur des Konings of de onderzoeksrechter de mogelijkheid aan een verdachte, een getuige of een slachtoffer voor te stellen zich aan een polygraaftest te onderwerpen. De betrokken personen kunnen er ook zelf om verzoeken.

De polygraaftest kan enkel doorgang vinden indien de persoon die onderworpen wordt aan de polygraaftest, met kennis van zaken heeft toegestemd. Hiertoe ondertekent deze persoon een proces-verbaal van toestemming. Artikel 112*duodecies*, § 4, derde lid, Sv. draagt de Koning op om de minimale informatie te bepalen die in het proces-verbaal van toestemming wordt opgenomen.

Artikel 112*duodecies*, § 7, Sv. bepaalt dat de polygraaftest, op straffe van nietigheid van de testresultaten, uitsluitend mag worden afgenomen met een toestel waarvan de technische vereisten door de Koning worden bepaald.

3. Artikel 112*duodecies* Sv. werd ingevoegd bij artikel 3 van de wet van 4 februari 2020 ‘tot wijziging van het Wetboek van strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’ en is in werking getreden op 2 maart 2020, met uitzondering van paragraaf 7, die in werking is getreden op 1 januari 2021 (bij gebrek aan uitvoering door de Koning van artikel 4 van de wet van 4 februari 2020).

Over het wetsvoorstel dat leidde tot de wet van 4 februari 2020 werd door de Raad van State, afdeling Wetgeving geen advies uitgebracht. Het onderzoek van het om advies voorliggende ontwerp gebeurt in het licht van artikel 112*duodecies* Sv. en hogere rechtsnormen, maar houdt geen beoordeling in van de wet van 4 februari 2020 in het licht van die hogere rechtsnormen. Uit het stilzwijgen van het hiernavolgende advies hierover mag dus ook niet worden afgeleid dat de Raad van mening zou zijn dat de wet geen vragen oproept in het licht van die hogere rechtsnormen.

4.1. Artikel 112*duodecies*, § 4, derde lid, Sv. draagt de Koning op om de minimale informatie te bepalen die in het proces-verbaal van toestemming wordt opgenomen. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel dat geleid heeft tot de invoering van artikel 112*duodecies* Sv. moet de instemming met kennis van zaken worden gegeven “waarbij de betrokkene duidelijk dient geïnformeerd te worden over bijvoorbeeld de wetenschappelijke waarde, de werking en de relativiteit van de test”.¹

Dezelfde toelichting stelt:

“De persoon die aan een polygraaftest zal onderworpen worden, moet met kennis van zaken kunnen toestemmen. Hiertoe dient deze persoon een proces-verbaal van toestemming te ondertekenen. De Koning bepaalt de minimale informatie die in dit proces-verbaal dient opgenomen te worden. In DOC 54 2721/001 stond: ‘De Koning bepaalt de minimale informatie die in dit procesverbaal dient opgenomen te worden door middel van een modelformulier. Het proces-verbaal dient minstens volgende informatie te bevatten: de geschatte graad van de wetenschappelijke betrouwbaarheid, de werking en de relativiteit van de test’. Het laatste deel van deze tekst werd nu weggelaten naar aanleiding van een opmerking van de onderzoeksrechters, die aangaven dat het opnemen van deze termen in de wet tot teveel discussies zouden leiden. De reden dat hier voor [een] koninklijk besluit geopteerd is, is omdat de info die in het proces-verbaal moet staan mogelijk kan wijzigen omwille van technische redenen en een koninklijk besluit vlugger aangepast kan worden dan een wet. Het gaat dus om info die aan de persoon die de test zal ondergaan moet worden meegedeeld, waardoor hij met kennis van zaken kan instemmen.”²

4.2. Artikel 1 van het ontwerp bepaalt dat het proces-verbaal van toestemming enerzijds informatie moet bevatten inzake de betrouwbaarheid, de werking en de relativiteit van de polygraaftest, en anderzijds de mededeling moet bevatten van een aantal wettelijke regels en voorwaarden met betrekking tot de polygraaftest.

Het ontwerp bepaalt evenwel niet welke informatie inzake de betrouwbaarheid, de werking en de relativiteit van de test moet worden opgenomen in het proces-verbaal. Het ontwerp van koninklijk besluit herhaalt in wezen enkel de categorieën van gegevens die in het oorspronkelijke wetsvoorstel³ werden vermeld, en dit zonder verdere verduidelijking.

Artikel 1 geeft aldus een onvoldragen uitvoering aan artikel 112*duodecies*, § 4, derde lid, Sv.. Het koninklijk besluit bepaalt immers niet welke informatie aan de betrokken persoon moet worden meegedeeld opdat deze met kennis van zaken kan beslissen al dan niet in te stemmen. De onbestemdheid van de informatie die volgens het ontwerp moet worden meegedeeld, blijkt in het bijzonder uit de verwijzing naar de informatie met betrekking tot “de

¹ Wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’, *Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 577/1, 3.

² Wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’, *Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 577/1, 10-11.

³ Zie het voorgestelde artikel 112*quater*, § 5, 2°, van het Wetboek van Strafvordering, in het wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’, *Parl.St.* Kamer, 2017-18, nr. 54- 2721/001, 13, waarvan sprake is in het sub 4.1 weergegeven citaat.

geschatte graad van de wetenschappelijke betrouwbaarheid” en “de relativiteit” van de polygraaftest.⁴

Er bestaat immers grote onenigheid en onzekerheid over de vraag hoe betrouwbaar een polygraaftest is. Zo merkte de vereniging van onderzoeksrechters op⁵ dat “[het niet vaststaat] dat sprake kan zijn van wetenschappelijke betrouwbaarheid van de techniek. De polygraaf registreert weliswaar op betrouwbare wijze objectieve fysische gegevens, maar de interpretatie daarvan blijft meerduidig”.⁶ Bovendien hangt deze interpretatie, en dus ook de eventuele betrouwbaarheid van de polygraaftest, in grote mate samen met de gehanteerde interviewtechniek en met welke vragen aan de betrokkene worden gesteld.

Door zelf niet te bepalen welke informatie inzake de wetenschappelijke betrouwbaarheid moet worden opgenomen in het proces-verbaal, laat het koninklijk besluit het aan de steller van het proces-verbaal over deze informatie te concretiseren. Ook het gebruik van de term “de geschatte graad” wijst hierop. Dit brengt niet enkel met zich dat de “geschatte graad van de wetenschappelijke betrouwbaarheid” in elk proces-verbaal van toestemming kan verschillen, maar ook dat het aan de magistraat die het proces-verbaal opstelt (en in de feiten wellicht aan de polygrafist) wordt overgelaten om zonder verdere objectieve criteria uitspraak te doen over de wetenschappelijke betrouwbaarheid van de test. Zoals de vereniging van onderzoeksrechters aangeeft, kan het moeten omschrijven van de wetenschappelijke betrouwbaarheid van de test, gelet op de onzekerheid hierover, aldus het risico inhouden dat de betrokkene bij de voorstelling van de polygraaftest wordt misleid,⁷ of op zijn minst dat de betrokkene zal kunnen aanvoeren te zijn misleid.

5.1. Uit de bespreking van de amendementen die hebben geleid tot § 7 van artikel 112*duodecies* Sv. blijkt dat de wetgever wilde dat de overheid zelf de technische vereisten van het polygraaftoestel zou vastleggen, in een koninklijk besluit, en dat het niet aan de leveranciers toekomt deze vereisten te bepalen.⁸ Bij die bespreking wijst de vertegenwoordiger van de Minister van Justitie erop dat als het wetsvoorstel wordt aangenomen, “er wel⁹ een reële

⁴ Onverminderd de hierna volgende opmerkingen, lijkt te kunnen worden aangenomen dat met de “relativiteit” van de test ten gronde hetzelfde bedoeld wordt als de “geschatte graad van de wetenschappelijke betrouwbaarheid”, zodat de verdere analyse van dit laatste begrip volstaat. Indien met het begrip iets anders bedoeld zou worden, zoals bijvoorbeeld de in artikel 112*duodecies*, § 10, Sv. vervatte regel dat de resultaten van de polygraaftest alleen in aanmerking mogen worden genomen als ondersteunend bewijs van andersoortige bewijsmiddelen, moet in artikel 1 van het ontwerp uitdrukkelijk vermeld worden dat het proces-verbaal de mededeling van deze regel moet bevatten.

⁵ Het is naar deze opmerking dat in het *sub* 4.1 vermelde citaat verwezen wordt.

⁶ Verslag over de hoorzitting m.b.t. een wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’, Commissie voor justitie, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-2721/3, 34.

⁷ Verslag over de hoorzitting m.b.t. een wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering wat het gebruik van de polygraaf betreft’, Commissie voor justitie, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-2721/3, 35.

⁸ Verslag van de Commissie voor justitie, *Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 577/6, 9-10.

⁹ Dit in tegenstelling tot hetgeen het geval was bij de Omzendbrief COL 3/2003 van 6 mei 2003 ‘betreffende het gebruik van de polygraaf in de strafrechtspleging – Toepassing van artikel 112*ter* van het Wetboek van Strafvordering’.

nood [is] om die technische vereisten in detail vast te leggen”, en dat er “[in] elk geval (...) dus wel tijd nodig [zal] zijn om een [en] ander te reglementeren”.¹⁰

5.2. Artikel 2 van het ontwerp bevat, naast de nietszeggende eerste alinea,¹¹ een verwijzing naar de “ASTM-normen” zoals bepaald door de *American Society for Testing and Materials*, richtlijn E2439 betreffende “*Standard guide for instrumentation, sensor and operating software in the forensic psychological detection of deception polygraph examination*”.

Deze normen zijn niet door de constitutioneel (of Europeesrechtelijk) daartoe bevoegde organen tot stand gebracht, en zijn bijgevolg niet onderworpen aan de geldende waarborgen bij de totstandkoming van regelgeving. Ze zijn evenmin in het *Belgisch Staatsblad* (of het *Publicatieblad van de Europese Unie*) bekendgemaakt en ze zijn enkel tegen betaling consulteerbaar, in het Engels. De kenbaarheid van de normen is dus niet gewaarborgd.

Nochtans zijn deze normen, zoals opgenomen in het ontwerp, niet enkel gericht op de vervaardigers van het polygraaf toestel of op de polygrafisten die er gebruik van maken. De technische vereisten hangen integendeel nauw samen met de beweerdte betrouwbaarheid van de test, en met de mogelijkheid voor de rechtsonderhorige om na te gaan of de door de wetgever en de Koning opgelegde vereisten werden nageleefd, en of de ingeroepen betrouwbaarheid steun kan vinden in deze vereisten.

6. Het ontwerp van koninklijk besluit vormt aldus een onvolkomen en ondoelmatige uitvoering van de machtigingen in artikel 112^{duodecies} Sv.

Deze machtigingen bevatten nochtans een verplichting aan de Koning om de minimale informatie in het proces-verbaal van toestemming, alsook de technische vereisten van het polygraaf toestel te bepalen. De Koning moet bij de uitvoering van deze opdrachten, net zoals bij de algemene uitvoering van een wet, binnen een redelijke termijn de maatregelen nemen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de wet en de erin vervatte opdrachten aan de Koning. De wijze van uitvoeren van de in artikel 112^{duodecies} vervatte opdrachten mag niet neerkomen op het onwerkzaam maken van de wetsbepaling. De Koning moet de beslissingen nemen die nodig zijn opdat de wet haar doelstellingen zou kunnen bereiken. Indien dit niet mogelijk is, gelet op de tekortkomingen van de wet, kan de Koning, als tak van de wetgevende macht, het initiatief nemen om de wet aan te passen.

¹⁰ Verslag van de Commissie voor justitie, *Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 577/6, 11.

¹¹ Artikel 2 stelt onder meer : “[d]e gebruikte (...) computer dient compatibel te zijn met de software gebruikt door het polygraaf toestel”. Het komt de Raad van State voor dat deze technische ‘vereiste’ noch voor de polygrafen, die volgens de toelichting bij het wetsvoorstel “een gespecialiseerde opleiding hebben gevolgd” (*Parl.St.* Kamer, 2019-20, nr. 55-577/1, 6), noch voor de rechtsonderhorige enige toegevoegde waarde heeft.

Het ontwerp kan in zijn huidige vorm geen doorgang vinden. Meer bepaald zal de verwijzing naar de wetenschappelijke betrouwbaarheid en naar de relativiteit van de polygraaftest moeten worden aangepast. Ofwel moet de verwijzing wegvallen, ofwel moet ze vervangen worden door een vermelding dat er geen zekerheid bestaat aangaande de wetenschappelijke betrouwbaarheid van de polygraaftest, ofwel moet het koninklijk besluit, op grond van wetenschappelijk onderzoek, zelf aangeven wat de geschatte graad van de wetenschappelijke betrouwbaarheid is, of aan de hand van welke criteria die kan worden bepaald.

Daarnaast moeten de stellers ten aanzien van artikel 1 van het ontwerp nagaan of het proces-verbaal wel alle informatie bevat die de betrokkene in staat kan stellen om met voldoende kennis van zaken in te stemmen met de test. Zo verdient het bijvoorbeeld aanbeveling de categorieën van personen van wie de test niet mag worden afgenomen (waaronder zwangere vrouwen) zoals bepaald in artikel 112*duodecies*, § 3, Sv., ook in het proces-verbaal te vermelden, zodat de betrokkene kan oordelen of de test kan worden afgenomen of niet.

Wat betreft de technische vereisten van het polygraaf toestel moet de Koning, eventueel aan de hand van een bijlage bij het ontwerp, in voldoende precieze mate zelf de uitrustings- en de softwarevereisten bepalen.

7. In artikel 3 van het ontwerp is de datum van inwerkingtreding niet ingevuld. Hierover ondervraagd, stelt de gemachtigde:

“Voor wat betreft uw vraag over de inwerkingtreding, het is de bedoeling dat het koninklijk besluit in werking treedt de dag waarop artikel 112*duodecies*, § 7, van het Wetboek van strafvordering, in werking treedt (lees ‘is getreden’) want het artikel 4 van de wet legde dit vast op een door de Koning bepaalde datum en uiterlijk op 1 januari 2021. Gelet op het tijdsverloop, zou het artikel 3 nu moeten worden geformuleerd als een uitwerkingsbepaling: ‘Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2021’.”

Het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten is enkel toelaatbaar ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt. Het voorgaande is niet het geval voor de ontworpen regeling.

De voorgestelde terugwerkende kracht is niet alleen onwerkbaar, maar is bovendien onaanvaardbaar aangezien het ontwerp geldigheidsvoorwaarden voor het proces-verbaal van toestemming oplegt en de technische vereisten bepaalt waaraan de polygraaftest, op straffe van nietigheid van de testresultaten, moet voldoen. Het met terugwerkende kracht toepasselijk maken van bepalingen inzake opsporing, vervolging en bestrafing van misdrijven is niet mogelijk.

Er dient te worden afgezien van de voorgenomen terugwerkende kracht.

*

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de déterminer les informations minimales devant figurer dans le procès-verbal de consentement à l'utilisation du test polygraphique. Par ailleurs, le projet fixe les exigences techniques auxquelles doit répondre l'appareil avec lequel le test polygraphique est effectué.

2. Selon l'article 112*duodecies* du Code d'instruction criminelle (ci-après : CIC), le test polygraphique est « une technique particulière d'interrogatoire policier faisant l'objet d'un enregistrement audiovisuel et permettant de vérifier la véracité de déclarations, au travers d'une procédure psychophysiologique, grâce à l'enregistrement de paramètres physiologiques sous la forme de graphiques ». L'article 112*duodecies* du CIC permet au procureur du Roi ou au juge d'instruction de proposer à une personne suspectée, à un témoin ou à une victime, de se soumettre à un test polygraphique. Les personnes concernées peuvent également demander elles-mêmes d'y être soumises.

Le test polygraphique ne peut commencer que si la personne qui est soumise au test polygraphique a exprimé son consentement en connaissance de cause. Elle signe à cet effet un procès-verbal de consentement. L'article 112*duodecies*, § 4, alinéa 3, du CIC, charge le Roi de déterminer les informations minimales qui figurent dans le procès-verbal de consentement.

L'article 112*duodecies*, § 7, du CIC, dispose que sous peine de nullité des résultats du test, le test polygraphique ne peut se faire qu'au moyen d'un appareil dont les exigences techniques sont déterminées par le Roi.

3. L'article 112*duodecies* du CIC a été inséré par l'article 3 de la loi du 4 février 2020 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe' et est entré en vigueur le 2 mars 2020, à l'exception du paragraphe 7, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (en l'absence d'exécution par le Roi de l'article 4 de la loi du 4 février 2020).

Le Conseil d'État, section de législation, n'a pas donné d'avis sur la proposition de loi devenue la loi du 4 février 2020. Le projet soumis pour avis est examiné au regard de l'article 112*duodecies* du CIC et des normes supérieures, mais cet examen n'implique pas une appréciation de la loi du 4 février 2020 au regard de ces normes supérieures. Il ne peut donc pas également se déduire du silence du présent avis à ce sujet que le Conseil estimerait que la loi ne soulève pas de questions au regard de ces normes supérieures.

4.1. L'article 112*duodecies*, § 4, alinéa 3, du CIC, charge le Roi de déterminer les informations minimales qui figurent dans le procès-verbal de consentement. Selon les développements de la proposition de loi qui a donné lieu à l'introduction de l'article 112*duodecies* du CIC, le consentement doit être donné en connaissance de cause « l'intéressé [devant] être clairement informé de la valeur scientifique, du fonctionnement et de la relativité du test »¹.

¹ Proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe', Doc. parl., Chambre, 2019-20, n° 577/1, p. 3.

Ces mêmes développements précisent :

« La personne qui sera soumise à un test polygraphique doit pouvoir exprimer son consentement en connaissance de cause. Elle doit, à cet effet, signer un procès-verbal de consentement. Le Roi détermine les informations minimales qui doivent figurer dans ce procès-verbal. Le DOC 54 2721/001 précisait: 'Le Roi détermine, au moyen d'un formulaire type, les informations minimales qui doivent figurer dans ce procès-verbal. Ce procès-verbal doit contenir au moins les informations suivantes : le degré estimé de fiabilité scientifique, le fonctionnement et la relativité du test'. La dernière partie de ce texte a été supprimée à la suite d'une observation des juges d'instruction selon laquelle la présence de ces termes dans la loi entraînerait trop de discussions. Si l'on a opté pour un arrêté royal, c'est parce que les informations qui doivent figurer dans le procès-verbal peuvent changer pour des raisons techniques et qu'un arrêté royal peut être modifié plus rapidement qu'une loi. Il s'agit donc d'informations qui doivent être communiquées à la personne qui sera soumise au test, de sorte qu'elle puisse exprimer son consentement en connaissance de cause »².

4.2. L'article 1^{er} du projet dispose que le procès-verbal de consentement doit contenir, d'une part, des informations relatives à la fiabilité, au fonctionnement et à la relativité du test polygraphique, et, d'autre part, la communication d'un certain nombre de règles et conditions légales relatives au test polygraphique.

Or, le projet ne prévoit pas quelles informations en matière de fiabilité, de fonctionnement et de relativité du test doivent être consignées au procès-verbal. Le projet d'arrêté royal ne fait que réitérer en substance les catégories de données qui ont été mentionnées dans la proposition de loi initiale³, et ce sans autre précision.

Ainsi, l'article 1^{er} pourvoit à une exécution imparfaite de l'article 112*duodecies*, § 4, alinéa 3, du CIC. En effet, l'arrêté royal ne précise pas quelles informations doivent être communiquées à la personne concernée afin que celle-ci puisse décider en connaissance de cause de donner ou non son consentement. Le caractère indéterminé des informations qui, selon le projet, doivent être communiquées, ressort plus particulièrement de la référence aux informations relatives au « degré estimé de fiabilité scientifique » et de « la relativité » du test polygraphique⁴.

Il existe en effet un profond désaccord et une grande incertitude concernant la question de la fiabilité d'un test polygraphique. Ainsi, l'association des juges d'instruction a observé⁵ qu'« il n'est pas certain que l'on puisse parler de fiabilité scientifique de la technique. Si l'appareillage de polygraphie relève de manière fiable des données physiques objectives, la

² Proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 557/1, pp. 10-11.

³ Voir l'article 112*quater*, § 5, 2°, proposé, du Code d'instruction criminelle, dans la proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-18, n° 54-2721/001, p. 13, dont fait état la citation reproduite au point 4.1.

⁴ Sans préjudice des observations formulées ci-après, il semble que l'on puisse admettre que le terme « relativité » du test vise sur le fond la même chose que « le degré estimé de fiabilité scientifique », de sorte qu'il suffit d'approfondir l'analyse de cette dernière notion. Si la notion devait viser autre chose, comme par exemple la règle contenue dans l'article 112*duodecies*, § 10, du CIC, selon laquelle les résultats du test polygraphique ne peuvent être pris en considération qu'à titre de preuve corroborant d'autres moyens de preuve, l'article 1^{er} du projet devrait mentionner expressément que le procès-verbal doit contenir la communication de cette règle.

⁵ C'est à cette observation que fait référence la citation mentionnée au point 4.1.

question de l'interprétation de ces données reste ouverte »⁶. En outre, cette interprétation, et donc également la fiabilité éventuelle du test polygraphique, est en grande partie liée à la technique d'entretien utilisée et au type de questions posées à l'intéressé.

En omettant de déterminer lui-même quelles informations relatives à la fiabilité scientifique doivent être consignées au procès-verbal, l'arrêté royal laisse à l'auteur du procès-verbal le soin de concrétiser ces informations. L'emploi des mots « le degré estimé » va également en ce sens. Il en résulte non seulement que le « degré estimé de fiabilité scientifique » peut différer dans chaque procès-verbal de consentement, mais également qu'il est laissé au magistrat qui rédige le procès-verbal (et dans les faits probablement au polygraphiste) le soin de se prononcer, en l'absence d'autres critères objectifs, sur la fiabilité scientifique du test. Comme l'indique l'association des juges d'instruction, le fait de devoir définir la fiabilité scientifique du test, compte tenu de l'incertitude à ce sujet, peut donc présenter le risque que l'intéressé soit induit en erreur lors de la présentation du test polygraphique⁷, ou à tout le moins que l'intéressé pourra soutenir avoir été induit en erreur.

5.1. Il ressort de l'examen des amendements qui ont donné lieu au § 7 de l'article 112^{duodecies} du CIC que le législateur a voulu que l'autorité fixe elle-même les exigences techniques du polygraphe, dans un arrêté royal, et qu'il n'appartient pas aux fournisseurs de fixer ces exigences⁸. Lors de cette discussion, le représentant du Ministre de la Justice a souligné que si la proposition de loi est adoptée, « il sera réellement⁹ nécessaire de définir les exigences techniques de manière détaillée » et qu'il « faudra donc en tout cas du temps pour réglementer cette matière »¹⁰.

5.2. L'article 2 du projet contient, outre un alinéa 1^{er} vide de sens¹¹, une référence aux « normes ASTM » définies par l'*American Society for Testing and Materials*, directive E2439 relative au guide standard « *Standard guide for instrumentation, sensors and operating software in the forensic psychological detection of deception polygraph examination* ».

Ces normes n'ont pas été édictées par les organes compétents pour le faire en vertu de la Constitution (ou du droit européen) et ne sont par conséquent pas soumises aux garanties régissant la confection de la législation. Elles n'ont pas non plus été publiées au *Moniteur belge*

⁶ Rapport relatif à l'audition concernant une proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe', Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-2721/3, p. 34.

⁷ Rapport relatif à l'audition concernant une proposition de loi 'modifiant le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne l'utilisation du polygraphe', Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-2721/3, p. 35.

⁸ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 577/6, pp. 9-10.

⁹ Et ce contrairement à la circulaire COL 3/2003 du 6 mai 2003 'relative à l'utilisation du polygraphe dans la procédure pénale – Application de l'article 112^{ter} du Code d'instruction criminelle'.

¹⁰ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 577/6, p. 11.

¹¹ L'article 2 énonce notamment : « [l']ordinateur (...) utilisé doit être compatible avec le logiciel utilisé par le polygraphe ». Il apparaît au Conseil d'État que cette 'exigence' technique n'a aucune valeur ajoutée, ni pour les polygraphistes qui, selon les développements de la proposition de loi, « ont suivi une formation spécialisée » (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-577/1, p. 6), ni pour le justiciable.

(ou au *Journal officiel de l'Union européenne*) et elles peuvent uniquement être consultées contre paiement, en langue anglaise. L'accessibilité des normes n'est donc pas garantie.

Or, ces normes, telles qu'elles sont insérées dans le projet, ne sont pas uniquement destinées aux fabricants du polygraphe ou aux polygraphistes qui l'utilisent. Au contraire, les exigences techniques sont étroitement liées à la fiabilité alléguée du test et à la possibilité pour le justiciable de vérifier si les exigences imposées par le législateur et le Roi ont été respectées, et si la fiabilité invoquée peut trouver appui dans ces exigences.

6. Le projet d'arrêté royal constitue ainsi une mise en œuvre incomplète et inefficace des habilitations inscrites à l'article 112*duodecies* du CIC.

Ces habilitations imposent pourtant au Roi de déterminer les informations minimales devant figurer dans le procès-verbal de consentement ainsi que les exigences techniques du polygraphe. Lors de l'exécution de ces missions, le Roi doit, tout comme lors de l'exécution générale de la loi, prendre dans un délai raisonnable les mesures nécessaires à l'exécution de la loi et des délégations au Roi qu'elle contient. Les modalités d'exécution des délégations contenues à l'article 112*duodecies* ne peuvent se réduire à rendre inopérante la disposition légale. Le Roi doit prendre les décisions nécessaires pour que la loi puisse atteindre ses objectifs. Si cela s'avère impossible, compte tenu des manquements de la loi, le Roi peut, en tant que branche du pouvoir législatif, prendre l'initiative d'adapter la loi.

Le projet ne peut aboutir dans sa forme actuelle. Plus particulièrement, la référence à la fiabilité scientifique et à la relativité du test polygraphique devra être adaptée. Soit la référence doit être omise, soit elle doit être remplacée par une mention précisant qu'il n'existe aucune certitude concernant la fiabilité scientifique du test polygraphique, soit l'arrêté royal, se fondant sur la recherche scientifique, doit indiquer lui-même quel est le degré estimé de fiabilité scientifique, ou sur la base de quels critères celui-ci peut être fixé.

Par ailleurs, les auteurs doivent vérifier, à l'égard de l'article 1^{er} du projet, si le procès-verbal contient effectivement toutes les informations permettant à l'intéressé de donner son consentement au test en toute connaissance de cause. Ainsi, il est par exemple recommandé de mentionner également dans le procès-verbal les catégories de personnes qui ne peuvent pas être soumises à un test (dont les femmes enceintes), comme le prévoit l'article 112*duodecies*, § 3, du CIC, de sorte que l'intéressé peut juger si le test peut être effectué ou non.

En ce qui concerne les exigences techniques du polygraphe, le Roi doit, éventuellement par l'ajout d'une annexe au projet, fixer lui-même de manière suffisamment précise les exigences en matière d'équipement et de logiciel.

7. À l'article 3 du projet, la date d'entrée en vigueur n'a pas été complétée. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré :

« Voor wat betreft uw vraag over de inwerkingtreding, het is de bedoeling dat het koninklijk besluit in werking treedt de dag waarop artikel 112*duodecies*, § 7, van het Wetboek van strafvordering, in werking treedt (lees 'is getreden') want het artikel 4 van de wet legde dit vast op een door de Koning bepaalde datum en uiterlijk op 1 januari 2021. Gelet op het tijdsverloop, zou het artikel 3 nu moeten worden geformuleerd als een uitwerkingsbepaling: 'Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 1 januari 2021' ».

L'attribution d'un effet rétroactif aux arrêtés n'est admissible que dans les cas où la rétroactivité repose sur une base légale, où elle concerne une règle qui confère des avantages dans le respect du principe de l'égalité, ou dans la mesure où elle s'impose pour assurer la continuité ou le bon fonctionnement de l'administration, et ne porte pas atteinte, en principe, à des situations acquises.

La rétroactivité du dispositif en projet n'est admissible que si elle peut s'inscrire dans l'une des hypothèses énumérées. Tel n'est pas le cas du dispositif en projet.

La rétroactivité proposée est non seulement inopérante, mais elle est en outre inadmissible, dès lors que le projet impose des conditions de validité au procès-verbal de consentement et fixe les exigences techniques auxquelles le test polygraphique doit répondre, sous peine de nullité des résultats du test. Il n'est pas possible de rendre applicables avec effet rétroactif des dispositions relatives à la recherche, la poursuite et la répression d'infractions.

Il y a lieu de renoncer à la rétroactivité envisagée.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME