

HET CONCUBINAAT (*)

door Hugo VANDENBERGHE

Docent aan de Katholieke Universiteit te Leuven

I. DE AKTUELE JURIDISCHE WAARDERING VAN HET CONCUBINAAT

1. De civiele wetgever ignoreert het concubinaat zodat iedere omschrijving van dit begrip praktisch louter feitelijk of sociologisch kan worden geconstrueerd.

Het concubinaat wordt juridisch begrensd door het huwelijk en feitelijk onderscheiden van andere buitenechtelijke verhoudingen.

a. Binnen de extramatrimoniale verhoudingen tussen man en vrouw kan een drievoudige gradatie worden vastgesteld :

- *stuprum* : occasionele geslachtelijke omgang, onpersoonlijk qua de relatie (bv. prostitutie);
- *het onderhoud van een maîtresse of bijzit* (la femme entretenue-communauté de lit) : meer regelmatige betrekkingen, de verhouding is gepersonaliseerd en een zekere duurzaamheid is in de relatie te onderkennen. Maar van een werkelijke samenleving is (nog) geen sprake, geen samen *huis en hof* houden;
- *het concubinaat*, in eigenlijke zin, valt samen met de feitelijke buitenechtelijke samenleving van een man en een vrouw, het impliceert een *tafel- en bedgemeenschap*, kortom een samenleving met een zekere *stabiliteit*.

Een duidelijke aflijning van het concubinaat s.s. tegenover de overige extramatrimoniale verhoudingen wordt zelden in de rechtspraak geformuleerd. Nochtans is, m.i., dit onderscheid een *sleutelement* voor de oplossing van verschillende twistvragen.

b. Het burgerlijk wetboek doet ons een duidelijk richtsnoer aan de hand om concubinaat van huwelijk af te bakenen; het bestaan van het huwelijk is o.m. afhankelijk gesteld van de toestemmingsuitwisseling van de verloofden voor de ambtenaar van de burgerlijke stand.

(*) Voor verdere behandeling van de geschetste problemen, en voor alle andere vraagpunten i.v.m. het concubinaat (goederenregeling, onderlinge aanspraak, vennootschap, huishoudelijk mandaat, enz.), verwijs ik naar mijn werk : *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gent-Leuven, 1971.

2. Nauwkeurige sociologische aanwijzingen over de omvang van het concubinaat in België ontbreken.

In Frankrijk is een preciese sociologische omschrijving aan de hand van de algemene bevolkingstellingen van 1954, 1962 en 1968 mogelijk. Daaruit blijkt :

- een relatie tussen de concubinaatsfrequentie en de verschillende leeftijdsgroepen. Het concubinaat kent de grootste spreiding bij de oudere bevolkingsgroep in vergelijking met het aantal gehuwden van dezelfde leeftijd.
- dat de concubinaatscurve beïnvloed wordt door de socio-professionele activiteit van het individu. Men stelt vast dat de concubinaatsfrequentie het laagst ligt bij de sociaal en cultureel hogere bevolkingsklasse (vrije beroepen, hoger stafpersoneel, enz...) terwijl het nog altijd een belangrijke penetratiekracht kent bij de actieve arbeidsbevolking. Op de meeste sympathie kan het rekenen bij „marginale” groepen, zoals dienstpersoneel, kunstenaars en studenten.
- dat het concubinaat relatief belangrijker is in grote stadsagglomeraties dan in de landelijke streken.
- dat er correlatie bestaat tussen de godsdienstige overtuiging, de godsdienstige kleur van een streek en de indringingsmogelijkheid van het concubinaat. Deze factor compenseert de invloed van de twee voorgaande factoren.

3. Uit de schijnbare onwetenschap die de civiele wet aan de dag legt tegenover het concubinaat mag niet afgeleid worden dat de rechtsorde de rechtshandelingen tussen concubinerenden niet beoordeelt of er altijd een neutrale houding tegenover aanneemt. De wetgever nam dienaangaande een dubbele politieke optie. Eerst en vooral wordt de mogelijkheid van een juridisch uitgewerkt alternatief voor een levensgemeenschap van man en vrouw *buiten* het huwelijk niet overwogen. Tussen huwelijk en concubinaat neemt de wet het onvoorwaardelijk op voor de juridische erkenning van het huwelijk. Het concubinaat is hoogstens een feitelijk alternatief dat nochtans kan bestraft worden indien het overspelig is.

Tweede optie : de aanwezige huwelijkswil en de samenleving als man en vrouw volstaan niet om een huwelijk, in de zin van de wet, in het leven te roepen. De synchronisatie tussen wat in werkelijkheid als huwelijk voorkomt, nl. de exclusieve levensgemeenschap van man en vrouw, en het juridisch geconcipeerd huwelijk wordt door het vormvereiste van artikel 75 B.W. (tussenkomst ambtenaar burgerlijke stand) verbroken.

Uit dit alles vloeit voort dat de specifieke rechtsgevolgen die het huwelijk tussen de echtgenoten onderling en tussen de gehuwden en derden in het leven roept, aan de concubinerenden niet worden toegekend.

Meer nog, elke overeenkomst die tot strekking zou hebben deze *specifieke* huwelijksgevolgen aan het concubinaat te verbinden is nietig. Dit is het logisch gevolg van het rechtskarakter van de huwelijkswetgeving; ze raakt de openbare orde.

De rechtspraak heeft deze wetgevende norm aangevuld met een praetoriaanse regel die de gevechtshouding van de jurisprudentie ten aanzien van het concubinaat duidelijk illustreert. Het concubinaat, welke ook de duur of de modaliteiten van de samenleving mogen zijn, is een immorele toestand die indruist tegen de goede zeden. Derhalve is elke overeenkomst die tot doel heeft het concubinaat te doen ontstaan, in stand te houden of te belonen, ongeoorloofd en dus volstrekt nietig (art. 6, 1131-1133 B.W.). Hierdoor wordt aan de rechtsregel volgens welke de concubinerenden in beginsel rechtsgeldig overeenkomsten kunnen sluiten, behalve die welke de huwelijksgevolgen aan het concubinaat zouden willen verbinden, een *bijkomende en verregaande* beperking toegevoegd.

M.i. is de regel van de principiële immoraliteit van het concubinaat aanvechtbaar. De wet zelf heeft over het feit van het concubinaat geen oordeel uitgesproken, zolang het *niet overspelig* is. In dit laatste geval is het duidelijk een ongeoorloofde toestand.

Maar het *eenvoudig concubinaat* druist niet in tegen een wet van openbare orde. Enkel deze overeenkomsten die aan het concubinaat een huwelijksstatuut willen toekennen doen afbreuk aan de huwelijkswetgeving die de openbare orde raakt. Blijft de vraag of elk concubinaatsgeval *ipso facto* de goede zeden aantast. Hier past bescheidenheid:

- de contoeren van referentiemoraal zijn niet meer met zekerheid vast te stellen;
- het oordeel van de maatschappij over diverse sexuele en para-familiale gedragingen evolueert snel, de publieke opinie geeft blijk van tolerantie;
- de afzwakking van de juridische structuur van het huwelijk doet de wit-zwart tegenstelling tussen huwelijk en concubinaat vervagen.

Eenmaal aan het huwelijk door beiderzijdse en volgehouden toestemming van de echtgenoten een einde kan worden gesteld of de echtscheidingsgronden steeds ruimer worden, is de afstand tussen concubinaat en huwelijk in feite niet zo aanzienlijk meer.

Dit heeft het hof van cassatie zelf aangevoeld toen het uitspraak moest doen over de aanspraak tot schadeloosstelling van een uitsluitend kerkelijk gehuwde vrouw bij het accidenteel overlijden van haar man (1). Een in België gesloten kerkelijk huwelijk heeft geen wettelijke waarde, voor zover de „gehuwden” zich niet kunnen beroepen op het putatief huwelijk; het is een concubinaatssamenleving.

Het hof van cassatie neemt nochtans aan dat de band tussen de weduwe en het slachtoffer, *ofschoon niet erkend bij de wet, niet in strijd was met de openbare orde of met de goede zeden*. Wanneer uit de feiten blijkt dat de partners „aan hun betrekkingen een bestendig en blijvend karakter hebben willen geven, dat normaal in wettelijk opzicht bij het burgerlijk huwelijk hoort”, dan is het mogelijk dat dergelijke levenssituatie de openbare orde noch de goede zeden stoort.

4. Wat de behandeling van het concubinaat in het sociaal zekerheidsrecht en het fiscaal recht betreft, zie mijn aggregaatsthesis : *De juridische betekenis van het concubinaat, o.c.*, nr. 37-49.

II. DE RECHTSHANDELINGEN OM NIET TUSSEN CONCUBINERENDEN

5. Vóór de uitvaardiging van het burgerlijk wetboek bestond een algemeen schenkings- en testeerverbod tussen concubinerenden (2); de rechtspraak stond wel uitzonderingen toe wanneer het ging om bescheiden giften of om de uitvoering van een gewetensplicht.

Deze betrekkelijke onbekwaamheidsregel werd geschrapt bij de redactie van het burgerlijk wetboek.

Derhalve zijn de concubinerenden bekwaam om elkaar te begiftigen : toepassing van artikel 902 B.W.

Het loutere bestaan van het concubinaat, het mag dan nog overspelig zijn, heeft de nietigheid van een schenking of legaat tussen concubinerenden niet tot gevolg.

Op de regel van de principiële bekwaamheid is maar één uitzondering, de combinatie van de artikelen 908 en 911 B.W. Wanneer derhalve twee in concubinaat levende personen natuurlijke kinderen hebben die door beiden zijn erkend en de natuurlijke vader begiftigt de natuurlijke moeder of omgekeerd, dan wordt artikel 911 toegepast.

(1) Cass., 26 juni 1967, R.W., 1967-1968, 786.

(2) Zie art. 12 van het edict van 4 oktober 1540, artikel 14 van het Eeuwig Edict; het art. 132 van de zgn. Code Michaud — 1629 — luidde als volgt : „déclarons toutes donations faites à concubines nulles et de nul effet”.

6. De rechtspraak is vrij overwegend van mening dat het concubinaat indruist tegen de goede zeden.

Het lag dan ook voor de hand dat de vraag naar de toepasbaarheid van de wetbepalingen die de openbare orde en goede zeden beschermen, vnl. de artikelen 6, 1131 en 1133, zich bij de beschikkingen om niet tussen concubinerenden zeer acuut zou stellen. Maar de toepassing van de artikelen 1108, 1131 en 1133 B.W., waar de openbare orde en goede zeden op de ruimste wijze worden beschermd via de *geoorloofde oorzaak*, zou geruime tijd gehypotheceerd worden door de klassieke causaliteitsleer.

De klassieke causaliteitsleer formuleert de oorzaak van een contractuele verbintenis als het door de partijen nagestreefde *directe doel* dat duidelijk van de motieven moet onderscheiden worden.

Het is nu zo dat de schenker bijna steeds door meerdere redenen motieven of doelstellingen wordt geactiveerd om tot een vrijgevig rechtshandeling te besluiten. De vraag is dan ook aan welke van deze motieven, die de ondertoon uitmaken van elke contractuele verbintenis, men de *naam* en de *functie* van oorzaak zal toekennen.

Bij de beschikkingen om niet is de oorzaak, aldus de klassieke causaliteitsleer, de *animus donandi*; de bedoeling om vrijgevig te zijn.

De concrete, variërende, persoonlijke motieven die de partijen aanzetten om een overeenkomst te sluiten, zijn rechtens irrelevant; ze vallen buiten het oorzaakbegrip en dus buiten het toetsingsrecht van de rechter.

Een dergelijke constructie van de ongeoorloofde oorzaak bij beschikkingen om niet tekent meteen haar eigen doodvonnis. De *animus donandi*, losgewerkt van de pleiade van subjectieve motieven die de schenker inspireren, kan — *in abstracto* — nooit ongeoorloofd zijn.

Een en ander had tot gevolg dat concubinaatsschenkingen in de 19e eeuw meestal niet via de ongeoorloofde oorzaak maar langs captatie en suggestie werden aangevochten. De rechtspraak zou echter geleidelijk een eigen causabegrip in het leven roepen, dat de rechters zou toelaten de controle over de geoorloofdheid van een beschikking om niet uit te oefenen : de meeslepnde, de *determinerende* oorzaak.

De rechtspraak die de regelmatigheid van de giften tussen concubinerenden wilde beoordelen, concretiseerde het oorzaak-begrip zodat ook de subjectieve partijmotieven en het uiteindelijk nagestreefde doel binnen het toetsingsgebied van de rechter gingen vallen.

Maar in de motievenschakel, die iedere rechtshandeling om niet vooraf gaat, wordt enkel rekening gehouden met de *determinerende* beweeg-

redenen, d.i. de motieven bij wier ontstentenis de handeling geen doorgang zou hebben gevonden. De ongeoorloofdheid van de bijkomende motieven wordt buiten beschouwing gelaten. Het volstaat nochtans dat tussen de diverse determinerende motieven één ongeoorloofde beweegreden wordt aangewezen om de vrijgevege rechtshandeling te vernietigen (1).

7. Door de toetsing van de determinerende motieven aan de openbare orde of goede zeden wordt het knelpunt van de schenkingsproblematiek tussen concubinerenden duidelijk blootgelegd. In welke mate is het concubinaat een determinerende beweegreden bij een schenking of legaat tussen concubinerenden en zo het concubinaat als determinerend motief wordt weerhouden, is het dan altijd ongeoorloofd? *Het basisprobleem van deze materie is gelegen in de kwalificatie van de band die moet bestaan tussen gift en verhouding om de eerste te doen vernietigen.*

De wetgever heeft de schenkingsbekwaamheid tussen concubinerenden geponeerd; het zou derhalve niet verdedigbaar zijn om giften tussen concubinerenden te vernietigen door zich enkel op de concubinaatshoedanigheid van schenker en begiftigde te beroepen. De nietigverklaring van dergelijke schenkingen is eerst dan gerechtvaardigd, aldus het hof van cassatie, wanneer de schenker met zijn gift de *ongeoorloofde verhouding wil doen ontstaan, in stand houden of belonen* (2).

Bij de toepassing van de impulsieve causaliteitsleer moet aangetoond worden dat de schenker ervan overtuigd is, dat hij met de gift een vrouw zal kunnen overreden met hem te concubineren of dat hij zijn concubine zal overhalen verder met hem samen te leven. Het volstaat ook om het *vergoedend* karakter van de schenking of het legaat te bewijzen wanneer dergelijke beschikking de werkelijke remuneratie uitmaakt voor de concubinaatsverhouding zelf.

Van de rechter wordt aldus een werkelijke psycho-analyse verwacht van de gemoedsstemming van de — meestal overleden — vrijgevege man om zijn diepste gedachten te peilen, *op het ogenblik van de schenking of van de testamentaire beschikking*. Dit verklaart meteen waarom de juiste contoeren van de geijkte formule slechts bij benadering kunnen worden uitgetekend. Alles hangt er inderdaad van af,

(1) Cass., 13 november 1953, *Pas.*, 1954, I, 190; — Cass., 19 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 686.

(2) Cass., 14 mei 1903, *Pas.*, 1903, I, 216; — Cass., 13 november 1953, *R.W.*, 1953-1954, 1711; — Cass., 19 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 686.

op grond van welke feitelijke gegevens de rechter zal aannemen dat het ongeoorloofd motief in het hem voorgelegde geval aanwezig is. De aanwezigheid van het ongeoorloofde motief wordt o.m. afgeleid uit de *vorm* van de buitenechtelijke samenleving, b.v. wanneer de samenleving een gewone maîtresse-verhouding blijkt te zijn.

De rechter staat verder *in feite*, zonder het daarom te formuleren, zeer sceptisch tegenover giften tussen overspelig concubinerenden. Het leeuwenaandeel van deze beschikkingen worden vernietigd.

Ook het *gekozen tijdstip* van de schenking (begin), *de aard of de omvang* van de gift spelen een rol bij de geoorloofdheidsappreciatie.

De beschikkingen om niet die de rechtspraak geldig verklaart betreffen vnl. giften waarbij de schenker aan een gewetensplicht of bijstandsplicht wil voldoen, de geoorloofde diensten van zijn bijzit wil belonen of de aangerichte schade wil herstellen.

Het komt aannemelijk voor dat de gezel na een jarenlange feitelijke samenleving zijn concubine kan belonen voor haar huishoudelijk zorgen en toewijding, voor haar geduldige bijstand tijdens een slepende ziekte, voor de eventuele niet gehonoreerde beroepsprestaties. Men kan het de concubinerenden evenmin ten kwade duiden dat zij er zorg voor dragen dat de bestaanszekerheid van de langstlevende of van de partner die men in de steek laat, wordt gewaarborgd, vnl. wanneer één van de concubinerenden wegens de gevorderde leeftijd in zijn onderhoud niet meer zou kunnen voorzien (gewetensplicht of natuurlijke verbintenis?). Evenzo wordt de geldigheid van de zgn. vergoedingsgiften aanvaard, waarmede de door de schenker aangerichte schade hersteld wordt.

8. Met de door het Belgisch hof van cassatie voorgestelde norm, nl. de concubinaatsschenkingen enkel te vernietigen indien zij het concubinaat in de hand willen werken of belonen, kan men uiteraard alle kanten uit. De concrete interpretatie van deze norm, rekening houdend met de principiële bekwaamheid van de concubinerenden om elkaar te begiftigen, onderstelt dat het bewijs van het oorzakelijk verband tussen concubinaatsverhouding en schenking niet volstaat om de gift of het legaat te vernietigen. De determinerende bedoeling van de schenker moet verder gaan; het idee moet bij hem voorzitten dat hij dank zij dergelijke vrijgevigheid het concubinaat zal kunnen bestendigen of de wil moet aanwezig zijn om het concubinaat zelf te belonen. Analyse van een subjectieve gemoedstoestand die de rechter voor een moeilijke en delicate evenwichtsoefening plaatst. Want de twistvraag is juist uit welke feitelijke gegevens de rechter kan afleiden

dat dergelijke *causa specialis* in het onderhavig geval is terug te vinden. Zal hij er genoegen mee nemen dat men het bestaan van het concubinaat bewijst, om te besluiten dat de vrijgeveige de samenleving met de schenking in de hand wil werken, zodat de nietigheid van dergelijke giften de regel wordt, de geldigheid de uitzondering; m.a.w. dat het bewijs van de ongeoorloofde oorzaak voldoende is geleverd wanneer het bestaan van het concubinaat vaststaat? Dit lijkt inderdaad de meerderheidsopvatting te zijn van de Belgische rechtspraak alhoewel steeds weer wordt herhaald dat de concubinerenden in beginsel bekwaam zijn om aan elkaar te schenken.

De redenering die ex- of impliciet in de meeste uitspraken wordt teruggevonden is de volgende. Het bewijs van het ongeoorloofd motief mag met alle middelen aangevoerd worden, dus ook met vermoedens. Welnu het bestaan van het concubinaat is een feitelijk vermoeden dat de vrijgeveige de bedoeling heeft het concubinaat met zijn schenking te bestendigen of te belonen. Wanneer er geen andere exclusieve geoorloofde motieven voorhanden zijn dan de concubinaatssamenleving, dan is de schenking ongeldig. Dergelijke argumentatie voert in feite de onbekwaamheidsregel opnieuw in en schendt artikel 902 B.W.

Er mag hier wel even aan herinnerd worden dat het Franse cassatiehof hetzelfde ongeoorloofdheids criterium hanteert als het Belgische (*en vue de faire naitre, maintenir ou rémunérer les relations illicites*) maar dat het bewijs van het ongeoorloofd determinerend motief veel minder snel wordt aangenomen. Zoals Rodière het terecht aanstipt, verlegt de Belgische jurisprudentie de bewijslast door de begiftigde concubine te verplichten de geoorloofde motieven aan te duiden waarop de schenking steunt bij gebreke waarvan de rechtshandeling wordt vernietigd. Enkel geldig zijn dus deze giften die volkomen los staan van het concubinaat en een rechtvaardigheidsgrond vinden in andere geoorloofde omstandigheden (vergoeding voor schade, morele bijstandsplicht...). Dit verklaart meteen waarom de rechtspraak uiterst wantrouwig staat t.o.v. concubinaatsschenken die hun oorzaak vinden in de genegenheid of de liefde die de concubinerenden bezielt. Deze gevoelens kunnen uiteraard niet losgemaakt worden van de verhouding zelf.

Hierboven werd het artificiële van dergelijk criterium reeds onderlijnd, daar men bezwaarlijk kan aannemen dat de concubinaatshoedanigheid geen rol zou spelen bij concubinaatsschenken zelfs bij die welke door de rechtspraak nog al eens worden gevalideerd. Want indien de in concubinaat levende man zijn concubine wil behoeden voor een troosteloos levenseinde, is dit niet uit een altruïstisch gevoel om iemand bij te staan, wel omdat zijn bijzit bijstand nodig heeft.

9. De werkelijke reden waarom de Belgische rechtspraak weinig tolerant optreedt tegenover de schenkingen tussen concubinerenden moet buiten de schenkingsproblematiek zelf gezocht worden. Het is een afdoende illustratie van de gevechtshouding van de jurisprudentie tegen de concubinaatssamenleving. Aan de concubinerenden moet men zo weinig mogelijk voordelen toekennen; iedere rechtshandeling tussen hen, en *a fortiori* de rechtshandeling om niet, moet men wantrouwen want het verschaft een der concubinerenden een voordeel dat hij of zij zonder de concubinaatssamenleving waarschijnlijk nooit zou hebben verkregen. Deze gevechtshouding verklaart meteen waarom het hof van cassatie aanneemt dat de ongeoorloofde oorzaak uit verschillende determinerende drijfveren kan bestaan, en dat de berispekbaarheid van één enkel motief volstaat om de gehele oorzaak als ongeoorloofd te kwalificeren (1). Dit standpunt, dat door een deel van de rechtsleer wordt aangevochten werd juist ingenomen naar aanleiding van een cassatievoorziening tegen een arrest van het hof van Luik (2), waarbij het legaat van het beschikbaar deel (hier 1/2) aan de overspelige concubine als geldig werd aangezien.

Wanneer het nu voor de nietigheid van een schenking volstaat dat één van de aanwezige determinerende drijfveren van de schenking ongeoorloofd is, dan wordt het de nietigheid-eisende partij nog gemakkelijker gemaakt. Welke geldige argumenten de begiftigde concubine ook zal kunnen aanvoeren, het is de feitenrechter altijd mogelijk erop te wijzen dat dergelijke schenking niet kan losgemaakt worden van de verhouding die tussen schenker en begiftigde bestaat.

Dit alles leidt tot de treffende vaststelling dat, vnl. sedert het cassatie-arrest van 1953, de Belgische rechtspraak inzake concubinaatsschenkingen praktisch gelijkloopt met die welke dagtekent van vóór de uitvaardiging van het burgerlijk wetboek. Maar toen was er een uitdrukkelijke verbodsbepaling (Code Michaud, art. 132 : *déclarons toutes donations faites à concubines nulles et de nul effet*) die echter bij de definitieve redactie van het burgerlijk wetboek werd geweerd. Het parallellisme kan zelfs worden vastgesteld wanneer men de uitspraken, uit beide periodes, vergelijkt, die de schenkingen of legaten tussen concubinerenden toestaan. Bescheiden giften, schenkingen die als vergoeding kunnen aangezien worden voor de aangerichte schade of een vergoedend of alimentair karakter hebben (beveiliging van de bestaanszekerheid) werden altijd als geldig beschouwd.

(1) Cass., 13 november 1953, *Pas.*, 1954, I, 190, met noot R.H.; — Cass., 19 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 686.

(2) Luik, 28 januari 1953, *Pas.*, 1953, II, 66.

10. Zoals hierboven werd uiteengezet zijn, o.i. in principe, enkel deze overeenkomsten tussen concubinerenden nietig die een gehele of partiële rechtsregeling van het concubinaat tot voorwerp hebben, en waarbij de concubinerenden bepaalde rechtsgevolgen die de wetgever exclusief aan het huwelijk heeft verbonden, op hun samenleving zouden willen overbrengen.

De wet laat een huwelijksregeling van het concubinaat, door een particuliere overeenkomst tussen concubinerenden, niet toe. Dergelijke overeenkomst zou afbreuk doen aan de huwelijkswetgeving die de openbare orde raakt (art. 6 B.W.). De rechtshandelingen om niet tussen concubinerenden vallen uiteraard buiten deze hypothese. Door de geldigheid van een schenking of legaat aan een concubine aan te nemen, denkt de rechter er niet aan de concubinerenden met de wettige echtgenoten op gelijke voet te stellen, het concubinaat met het huwelijk te assimileren.

Daarenboven moet men aandacht hebben voor de hierboven omschreven betekenis van artikel 902 B.W. De concubinerenden zijn bekwaam om elkaar te begiftigen; het bewijs van de concubinaatshoedanigheid van schenker en begiftigde kan niet volstaan om de schenking te vernietigen.

Elke regel die het voor de rechter mogelijk maakt uit de onzedelijkheid van het concubinaat, de immoraliteit van de schenking af te leiden, wat de meerderheidsopvatting is van de Belgische rechtspraak, kan niet verzoend worden met artikel 902 B.W.

Het concubinaat, het mag dan nog overspelig zijn, roept geen relatieve schenkingsonbekwaamheid tussen concubinerenden in het leven. En zelfs wanneer artikel 902 B.W. buiten beschouwing wordt gelaten, mag men toch niet uit het oog verliezen dat de samenleving van een man en een vrouw in een voor de rechtspraak ongeoorloofde toestand, niet insluit dat elke handeling tussen concubinerenden per se een ongeoorloofde kleur krijgt. Ook deze personen kunnen bezield zijn door onbaatzuchtige liefde of andere edelmoedige, menswaardige gevoelens.

Een en ander staft aldus de overtuiging dat een herziening geboden is van het praetoriaanse geoorloofdheidscriterium (beschikkingen om niet tussen concubinerenden zijn geldig, behalve wanneer de schenker het concubinaat wil doen ontstaan, in stand houden of belonen). De grondgedachte die in de stellingname van De Page terug te vinden is, kan hierbij als richtsnoer dienen, hoewel iets genuanceerder geformuleerd. Schenkingen of legaten tussen concubinerenden zijn nietig wanneer ze de werkelijke remuneratie uitmaken voor de meest intieme

menselijke verhouding. L'acte d'amour et l'acte d'argent ne se conçoivent pas. Maar meer nog dan het criterium zelf, is de concrete omschrijving van de toepassings sfeer van de voorgestelde norm van belang. Uit welke feitelijke gegevens kan de rechter afleiden dat de schenker de bedoeling had zijn concubine te vergoeden voor de sexuele relatie? De prostitutie-verhouding wordt hier buiten beschouwing gelaten; in een dergelijke situatie verhuurt de ene partij zich aan de andere tegen betaling. Het is een overeenkomst onder bezwarende titel met een ongeoorloofd voorwerp (zie : De Page).

Beslissend voor deze materie is het onderscheid tussen de maîtresse-verhouding en de concubinaatssamenleving sensu stricto, het feitelijk gezin. In de aard, de vorm en de omstandigheden van de buitenechtelijke samenleving kunnen juist deze objectieve aanwijzingen teruggevonden worden die de subjectieve bedoeling van de schenker kunnen verduidelijken. Wanneer twee concubinerenden jarenlang als man en vrouw samenleven, wel en wee samen delen, kan bezwaarlijk worden aangenomen dat een schenking of legaat tussen deze personen een vergoeding is voor de sexuele relatie zelf. De feiten spreken het tegen.

Anders is het natuurlijk bij een maîtresse-verhouding, waar de man een bijzit onderhoudt maar zonder een feitelijk gezin met haar te vormen. In dergelijk geval kan het voortbestaan van de verhouding in belangrijke mate gedetermineerd worden door de financiële weldadigheid van de man, of zijn geldelijke beloften (legaat). Dit impliceert niet noodzakelijk, zoals De Page aanneemt, dat de schenking als een werkelijke overeenkomst onder bezwarende titel moet kunnen gekwalificeerd worden. Het kan ook gaan om een remuneratieve gift of legaat waarbij de schenker de maîtresse voor de intieme verhouding wil vergoeden. In feite was dit de bezadigde houding van het hof van cassatie in 1903 waar de ongeoorloofde oorzaak van de schenking als „la volonté de payer le salaire d'un commerce immoral et d'en assurer la continuation” wordt omschreven (1). Het haar voorgelegde geval was juist een maîtresse-verhouding. Maar het geoorloofdheids-criterium dat klaarblijkelijk op dergelijke samenlevingsvorm correct kan worden toegepast, heeft de rechtspraak uitgebreid tot elke buitenechtelijke verhouding. Het is juist door het verwringen van de concubinaatscasuïstiek dat de Belgische rechtspraak het delicate evenwicht tussen de toepassing van de bekwaamheidsregel (art. 902 B.W.) en de geoorloofdheidstoetsing (artikel 1131-1133 B.W.) van concubinaatsschenken niet heeft bereikt.

(1) Cass., 14 mei 1903, *Pas.*, 1903, I, 216.

III. DE AANSPRAAK VAN CONCUBINERENDEN TEGENOVER DERDEN

11. Bij toepassing van artikel 1382 B.W. op de concubinaatsproblematiek worden hoofdzakelijk twee twistvragen opgeworpen. Is de eis van de in concubinaat levende persoon tegen de derde, die aansprakelijk kan worden gesteld voor de dood van de andere partner, *ontvankelijk*? En, zo ja, kan de schade dan met zekerheid worden bepaald?

12. De rechtspraak is in die zin gevestigd dat de krenking van een *rechtmatig* belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde tot schadeloosstelling wordt gesteld.

Rechtskrenking is dus niet vereist opdat schade als bestanddeel van artikel 1382 B.W. zou aanwezig zijn, maar de aangevoerde schade mag niet bestaan in het verlies van een onwettig voordeel.

13. Wanneer een der concubinerenden overlijdt door de fout van een derde, lijdt het geen twijfel dat de overlevende partner een feitelijk voordeel (materiële en morele bijstand) verliest. Het is de vraag of het verlies van dergelijk voordeel rechtmatig voorkomt. Het antwoord laat zich raden wanneer men weet dat de Belgische rechtspraak een gevechtshouding aanneemt tegenover het concubinaat. Het concubinaat is een ongeoorloofde toestand; derhalve zijn alle materiële en morele voordelen die eruit voortvloeien onrechtmatig en komt het verlies ervan niet in aanmerking voor enige schadeloosstelling; dergelijke eis is onontvankelijk. Deze rechtsregel werd overigens zo geformuleerd door het hof van cassatie, in een arrest van 21 april 1958 : „Attendu qu'en faisant du mariage le fondement essentiel de la famille, le législateur a nécessairement refusé de reconnaître un caractère légitime aux avantages résultant des relations de nature précaire, nouées dans l'union libre... Attendu qu'il ensuit que le dommage résultant de l'atteinte portée aux sentiments d'affection que se vouent des concubins ne constitue pas la privation d'un avantage légitime; que la réparation de pareil dommage ne peut être poursuivie en justice...”

14. Het is de vraag of de regel, dat alle voordelen die uit de concubinaatssamenleving voortvloeien onrechtmatig zijn en het verlies daarvan geen aanleiding kan geven tot schadeloosstelling, sedert het cassatiearrest van 26 juni 1967 (1) nog in dergelijke absolute bewoordingen

(1) *Arr. Cass.*, 1967, I, 1.299; *Pas.*, 1967, I, 1.260; *R.W.*, 1967-1968, 785.

kan worden geformuleerd. Dit arrest kent immers aan de vrouw, die weliswaar kerkelijk maar niet civielrechtelijk gehuwd was, schadeloosstelling toe naar aanleiding van het overlijden van haar man ingevolge de niet betwiste aansprakelijkheid van een derde.

De samenleving van een kerkelijk gehuwde man en vrouw is naar burgerlijk recht concubinaat, voor zover de echtgenoten zich niet op een vermeend huwelijk kunnen beroepen (wat in dit geval uitgesloten is). Zoals hierboven aangestipt, wordt het concubinaat van het huwelijk eerst en vooral onderscheiden door een formeel element : de verschijning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Welke de wilsgesteltenis van de partijen ook moge zijn (*in casu* kan aan het bestaan van de *affectio maritalis* niet getwijfeld worden) ze is niet afdoende om een burgerrechtelijk huwelijk in het leven te roepen.

Het hof van beroep te Brussel had de vraag naar de rechtmatigheid van het aangevoerde belang van de religieus gehuwde vrouw, niet, althans niet expliciet, onderzocht. Voor het hof is de eis ontvankelijk, zonder meer. Het rechtscollege onderzocht enkel of de aangevoerde schade wel zeker is, en laat zelfs uitschijnen dat de vraag naar het rechtskarakter van de verhouding tussen de overleden man en de burgerlijke partij hier geen rol speelt. Wel is een kerkelijk huwelijk een bewijs dat de betrokkenen „avaient voulu donner à leurs relations un caractère de stabilité et de pérenité qui est normalement, au point de vue légal, le fait du mariage civil”. M.a.w. de aangerichte schade is zeker, omdat het gaat om een stabiele en bestendige samenleving tussen een man en een vrouw waarvan men redelijkerwijze kon verwachten dat ze, zonder het door de derde foutief veroorzaakte overlijden, verder doorgang zou vinden.

De toch minstens twijfelachtige en onduidelijk voorkomende argumentatie van het hof van beroep waarbij de vraag naar de rechtmatigheid van het belang niet, althans niet expliciet, wordt behandeld, werd door de eiser in cassatie als een cassatiegrond opgeworpen. Het hof van cassatie heeft dit middel nochtans handig opzij geschoven en het cassatieberoep afgewezen. Voor het hof staat het vast dat „uit de omstandigheden dat een in België voltrokken religieus huwelijk er geen wettelijke waarde heeft, niet noodzakelijk voortvloeit dat het voordeel dat de vrouw die het heeft aangegaan uit het gemeenschappelijk leven haalt onwettig is”. Het feit dat de rechter in beroep de eis van de kerkelijk gehuwde vrouw ontvankelijk en gegrond heeft verklaard beduidt derhalve dat hij „impliciet in feite heeft vastgesteld dat de band tussen verweerster en getroffene, ofschoon niet erkend bij de wet, niet in strijd was met de openbare orde of de goede zeden”.

Derhalve is het voordeel dat aan verweerster door de schuld van de eiser werd ontnomen, niet onwettig. Het hof van cassatie neemt dus aan dat het hof van beroep dergelijke eis niet ontvankelijk kan verklaren zonder aan te nemen dat de vrouw een rechtmatig belang had. Ofschoon dit niet met zoveel woorden in het beroepsarrest is terug te vinden, moet het impliciet uit de ontvankelijkheid van de eis afgeleid worden.

15. Men kan vooralsnog niet uitmaken welke de invloed zal zijn van het cassatie-arrest van 1967 op de lagere rechtspraak. Zal de vaststelling van het hof, dat de voordelen die uit de samenleving van een niet burgerrechtelijk gehuwde man en vrouw voortvloeien niet noodzakelijk onrechtmatig zijn, het negatieve oordeel van een praktisch eenstemmige rechtspraak over de moraliteit van het concubinaat kunnen wijzigen? Voor het hof van Brussel (1) blijkt dit niet het geval te zijn. Het concubinaat, zelfs wanneer het niet onder de toepassing valt van de strafwet, is een ongeoorloofde en onzedelijke feitelijke toestand, die in strijd is met de regelen van het burgerlijk recht. De uit deze samenleving voortspruitende materiële en morele voordelen zijn derhalve onwettig en het verlies ervan kan geen recht op schadevergoeding verantwoorden.

Weliswaar heeft ditzelfde hof in een ander geval (2) de aanspraak van de bijzit ingewilligd, maar dan ging het om een concubine-verloofde die drie dagen na het dodelijk ongeval met het slachtoffer in het huwelijk zou zijn getreden. Wanneer het hof hier schadeloosstelling toekent dan is het niet zozeer aan de concubine *q.q.* maar wel aan de vrouw die op het punt stond met het slachtoffer in het huwelijk te treden.

Beide arresten blijven dus volkomen in de lijn van de, voor de concubine nadelige, klassieke praetoriaanse regel, zoals die door het hof van cassatie in 1958 werd vastgesteld. Zal de rechtspraak het cassatie-arrest van 1967 naast zich neerleggen, of is de innoverende betekenis van dit arrest de rechtspractici tot nog toe ontgaan?

Het is van belang hierbij het Franse cassatie-arrest van 27 februari 1970, in verenigde kamers, te vermelden (3). Door dit arrest werd een einde gemaakt aan de zeer grote verdeeldheid die bestond tussen de rechtspraak van de civiele kamer (afwijzend) en de penale kamer

(1) Brussel, 8 november 1969, *R.W.*, 1969-1970, 626.

(2) Brussel, 3 november 1967, *R.G.A.R.*, 1969, 8.308.

(3) Cass. fr., 27 februari 1970, *D.*, 1970, 201; *J.C.P.*, 1970, II, 16.305; *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, 353.

(inwilligend) van het hof van cassatie. De vordering van de concubine wordt aangenomen wanneer het gaat om een niet-delictuele verhouding (niet overspelig) met een voldoende graad van stabiliteit (1).

16. De aanspraak van de concubine kan niet *a priori* als onontvankelijk worden afgewezen. Wanneer de overlevende concubinerende het bestaan van een werkelijke levensgemeenschap en de niet overspelige aard van de verhouding kan aantonen, dan komt het ons voor dat een rechtmatig belang wordt aangevoerd. Het bestaan van een werkelijke levensgemeenschap zal door de rechter uit de concrete levensomstandigheden gedistilleerd worden.

Het enige richtsnoer dat hier kan gelden is het al of niet bestaan van een maritale wil bij de concubinerenden. Wilden zij zich in feite als man en vrouw gedragen? Het kerkelijk huwelijk is natuurlijk een afdoend bewijs van dergelijke *affectio maritalis*, maar ook de bestendigheid, de duurzaamheid van de verhouding of de vrij wisselvallige levensomstandigheden die er de concubinerenden toe gebracht hebben niet te huwen, zijn evenveel feitelijke aanwijzingen waardoor de rechter tot de overtuiging kan komen het geldend praetoriaans automatisme van de immoraliteit van het concubinaat op te schorten. De aanspraak van de prostituée of van de maîtresse is daarentegen onontvankelijk omdat de maritale wil bij deze personen ontbreekt. Het door het overlijden van een der concubinerenden veroorzaakte morele en materiële leed is voor schadeloosstelling vatbaar, omdat de niet-overspelige concubinaatsverhouding, ofschoon niet erkend door de wet, niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden.

17. Opdat de concubine zou slagen in haar rechtsvordering tot schadeloosstelling volstaat het niet dat ze een rechtmatig belang aantoonst; ze moet daarenboven kunnen bewijzen dat de door haar persoonlijk geleden schade met zekerheid vaststaat. M.a.w. bij de vergelijking tussen de huidige toestand van de benadeelde zoals hij door de onrechtmatige daad is veroorzaakt, en de hypothetische toestand waarin hij verder gebleven ware indien het schadegeval zich niet had voorgedaan, moet met zekerheid een werkelijk verlies vaststelbaar zijn. De zekerheid die het bestaan van de schade moet vertonen, is niets anders dan de ernstige waarschijnlijkheid dat de benadeelde zich bevindt in een nadeliger toestand dan die waarin hij zich zou bevinden, ware de onrechtmatige daad niet verricht; het is een louter feitelijk

(2) Zie verder : Cass. fr., 20 april 1972, *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, 781; — Cass. fr., 14 jun 1973, *D.*, 1973, 585; *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, 413.

begrip. Een deel van de rechtspraak en rechtsleer wijst de zekerheid van de schade in hoofde van een concubinerende van de hand omdat de onbestendigheid, de precariteit van de verhouding tot het wezen van het concubinaat behoort. De concubinerenden kunnen te allen tijde, vrij en zonder enige rechtsverplichting, een einde maken aan de verhouding; het is mogelijk dat de overleden man de dag na het ongeval zijn concubine in de steek zou hebben gelaten, zonder dat deze enig recht kan laten gelden. Derhalve is de door de overlevende concubine aangevoerde schade, nl. dat ze door de fout van een derde nu niet meer verder op de morele en materiële bijstand van haar gezelschap kan rekenen, louter eventueel, niet zeker.

18. Dat men de aanspraak van de bijzit zou kunnen uitsluiten omwille van de onzekerheid van de schade wordt terecht betwist. Aan de zekerheid van de genegenheidsschade kan moeilijk getwijfeld worden wanneer het gaat om een duurzame concubinaatssamenleving; de smart van de concubine bij het overlijden van haar gezelschap kan minstens even reëel zijn als het leed van de overlevende echtgenote.

Het argument, dat de concubine van geen recht op verder levensonderhoud tegenover haar gezelschap kan doen blijken, volstaat evenmin om de eis tot vergoeding van de patrimoniale schade af te wijzen. Een dergelijke enge opvatting over de zekerheid van het ondergane nadeel zou immers ook de aanspraak van de verloofde, broers of zusters e.a. uitsluiten.

Voor de zekerheid van de toekomstige schade volstaat het aan te tonen dat, volgens de gewone gang van zaken en naar redelijke verwachting, de concubine normaliter verder op de bijstand van haar gezelschap had kunnen rekenen.

Deze rechtspraak, die de eis van de concubine inwilligt, neemt aan dat dergelijke zekerheid vaststaat, wanneer het gaat om een duurzaam, bestendig concubinaat waarbij de concubinerenden als gehuwden samenleefden, en de overleden partner werkelijk bijdroeg in het onderhoud van de overlevende.

Bij de appreciatie van de zekerheid kan de aanwezigheid van natuurlijke kinderen eveneens een rol spelen.

Wanneer concubinaat duurzaam of bestendig wordt is uiteraard een feitenkwestie, waarbij moeilijk een vast richtsnoer kan worden aangegeven. Het tijdselement heeft hier een overwegende betekenis, hoewel in bepaalde omstandigheden ook andere gegevens, zoals een kerkelijk huwelijk, niet over het hoofd mogen gezien worden. Indien de overleden persoon niet bijdroeg in het onderhoud van de concubine, mag daaruit nog niet afgeleid worden dat er geen genegenheidsschade kan bestaan.

19. Eenmaal de concubine de zekerheid van de door haar geleden schade heeft aangetoond, moet het geleden nadeel volledig hersteld worden. Schadeloosstelling is immers niets anders dan de benadeelde zo goed mogelijk in de toestand brengen waarin hij gebleven of gekomen zou zijn indien de onrechtmatige daad niet was verricht, en dit ten laste van de aansprakelijke of voor diens rekening.

De schade moet derhalve zo nauwkeurig mogelijk worden vastgesteld, en indien de omvang van de zekere schade voor geen nauwkeurige begroting vatbaar is zal de begroting *ex aequo et bono* gebeuren.

Ook hier is het argument van de juridische onbestendigheid van het concubinaat irrelevant, om de schade slechts matig te begroten. Het is juist dat de zekerheidsgraad van de schade hoger ligt wanneer de overleden persoon rechtens verplicht was in het onderhoud van de overlevende te voorzien en dit effectief ook deed; maar als de zekerheid van de schade eenmaal vaststaat kan men geen beroep meer doen op de zogenaamde precariteit van de verhouding om de schadebegroting te beperken. De zekerheid van de schade wordt juist afgeleid uit de bestendigheid van het concubinaat, zodat men tot een tegenstrijdige conclusie komt door enerzijds de zekerheid van de schade uit de duurzaamheid van het concubinaat af te leiden en anderzijds de schade matig te begroten op grond van de onbestendigheid van deze verhouding. Wel is zeker dat de begroting van de door de concubinerende geleden schade vrij delicaat is, maar schadezekerheid en schadebegroting mogen niet met elkaar verward worden.

De genegenheidsschade kan uiteraard moeilijk met wiskundige precisie worden vastgesteld, zodat de schadeloosstelling naar billijkheid zal worden bepaald.

Om de patrimoniale schade te begroten dient men zich in concreto af te vragen in welke mate de overledene effectief bijdroeg in het onderhoud van de overlevende. Op de concubine rust aldus de bewijslast om aan te tonen dat de gezelschap haar een deel van zijn inkomsten ter beschikking stelde. Wanneer de precieze elementen ontbreken om de omvang van deze bijdrage nauwkeurig af te meten, zal ook hier de begroting *ex aequo et bono* de enige uitweg zijn om een gerechtvaardigde schadeloosstelling vast te stellen.