9/97

Rapporteerbaar

DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL VAN SUID-AFRIKA

Saaknommer: 543/95

Insake die appèl van

A D WILKENS NO — Eerste Appellant

REGISTRATEUR VAN PENSIOENFONDSE — Tweede Appellant

teen

THEUNIS BESTER — Respondent

Hof: Van Heerden, E M Grosskopf, Marais, Schutz ARR en Streicher WndAR

Verhoordatum: 3 Maart 1997

Leweringsdatum: 13 Maart 1997

UITSPRAAK

VAN HEERDEN AR:

Die respondent was die besturende direkteur, en ook 'n werknemer, van Bester Beleggings Beperk wat 'n aantal filiale gehad het. Op 2 Desember 1992 is een van die filiale gelikwideer en dit het gelei tot die likwidasie van die kontrolerende maatskappy en sy ander filiale asook, op 2 Maart 1993, die sekwestrasie van die respondent se boedel.

Werknemers van onder andere Bester Beleggings Beperk was lede van Die Bester Beleggings Pensioenfonds ("die Fonds") wat ingevolge die Wet op Pensioenfondse 24 van 1956 ("die Wet") geregistreer was. Ingevolge die reglement (of statute) van die Fonds is die beheer en bestuur daarvan opgedra aan 'n bestuurskomitee wat egter van die dienste van 'n administrateur bekend as Eerste Bowring gebruik gemaak het. Begin 1992 het die respondent navraag gedoen of hy nie reeds op daardie stadium betaling van sy pensioenaandeel kon verkry nie. Hy is toe deur Eerste Bowring geadviseer dat dit kon geskied mits die Fonds se

reglement gewysig sou word. Hierdie advies het meegebring dat die bestuurskomitee, waarvan die respondent, sy skoonseun en nog 'n persoon lede was, op 25 Februarie 1992 op 'n reglementswysiging besluit het. Dit was daarop gerig om die respondent op datum van inwerkingtreding daarvan geregtig te maak op betaling van "die aktuariële waarde" van sy "pensioen in terme van die Reglement." Of die besluit wel gevolg gegee het aan hierdie oogmerk is nie ter sake nie. Die rede is dat die wysiging nooit deur die tweede appellant goedgekeur en geregistreer is soos vereis deur art 12 (1) van die Wet en derhalwe nie regskrag verkry het nie.

In April of Mei 1992 is op aansoek van die respondent die som van R500 000 aan hom betaal as synde "advance on actuarial reserve pending completion of solvency test by actuarial section." Betaling is gemaak deur Eerste Bowring uit die bates van die Fonds in, soos dit

voorkom, die aanname dat die reglementswysiging geldig was.

Vroeg in Desember 1992 het die bestuurskomitee besluit om die Fonds te ontbind en is Eerste Bowring versoek om "voort te gaan met die ontbinding van die Fonds soos op 31 Desember 1992." Weereens op aanvraag van die respondent is op 12 Januarie 1993 'n verdere bedrag van R830 000 aan hom deur Eerste Bowring betaal as synde "actuarial value [van die respondent se pensioenaandeel] on Fund termination (advance)."

Op 14 Januarie 1993 het die respondent 'n dokument geteken wat soos volg lui:

"Hiermee erken ek . . . ontvangs van R830 000 . . . as voorskot op die aktuariële waarde wat my toekom (plus surplusse) by die beëindiging van die Bester Beleggings Pensioenfonds soos op 31/12/92. Tesame met die R500 000 . . . wat ek in Mei 1992 ontvang het, is die totale voorskot tot op datum ontvang R1 330 000 . . . "

In Maart 1993 het die tweede appellant ene De Waal en die eerste

appellant aangestel as mede-likwidateurs van die Fonds. De Waal het later bedank en op 1 Julie 1994 is die eerste appellant deur die tweede appellant gemagtig om die likwidasie van die Fonds af te handel. Teen daardie tyd het 'n gewysigde distribusierekening reeds sonder beswaar ter insae gelê (naamlik vanaf 25 Maart tot 23 April 1994). Daarin is die bedrag van R1 843 590,99 aan die respondent toegeken as sy totale pensioenaandeel in die bates van die Fonds soos op 31 Maart 1993. In Skedule K is egter met verwysing na nota (a) van Aanhangsel C 'n bedrag van R1 412 946 as 'n onreëlmatige betaling vermeld. (Hierdie bedrag was die totaal van die twee betalings aan die respondent plus rente daarop tot 31 Maart 1993.) In die gemelde nota is gekonstateer:

"There is unresolved litigation pending in respect of the irregular payments of R1 330 000 (exclusive of interest) made to Mr T Bester prior to liquidation of the Fund. The Amended Distribution Account at 31 March 1993 excludes the advance payments to Mr T Bester from the assets of the fund. A further distribution will be made after the above legal matter has been resolved."

Dit is nou aangewese om iets te sê oor die litigasie waarna in die nota verwys is. Nadat die respondent die tweede betaling ontvang het, het hy bykans die volle bedrag - naamlik R800 000 - by 'n finansiële instelling belê. Daarop is later deur die kurators van die respondent se insolvente boedel beslag gelê. Die respondent het toe 'n aansoek teen die kurators aanhangig gemaak. Sy saak dat die belegging hom toegekom het, was gebaseer op die premisse dat dit "pensioengeld" was en derhalwe ingevolge art 23(7) van die Insolvensiewet 24 van 1936 nie deel van sy insolvente boedel gevorm het nie. Die kurators het die aansoek bestry op die basis dat die bedrag van R830 000 op onreëlmatige wyse betaal was en gevolglik nie "pensioengeld" was nie.

In die gewysigde distribusierekening is gevolg gegee aan 'n ooreenkoms wat die likwidateurs en die respondent se prokureur bereik het. Dit word vermeld in 'n skrywe van die prokureur aan die

likwidateurs, gedateer 28 Januarie 1994, die tersaaklike gedeelte waarvan soos volg lui:

> "2. Ons houding is, welke houding u met ons gedeel het, dat die twee bedrae wat Mnr Bester ontvang het 'n vooruitbetaling op sy pensioen is en dat, sover dit u betref, dit nog steeds pensioen is.
>
> 3. Ons het u meegedeel dat die likwidateurs van die Insolvente Boedel T Bester nou beslag gelê het op sekere van die pensioengeld (die tweede uitbetaling) en dat hulle die standpunt inneem dat die beweerde onreëlmatige betaling die identiteit van die geld verander het en dat dit gevolglik nie pensioen is nie. Ons staan daardie beslaglegging teen en ons is besig om 'n hofaansoek voor te berei vir tersydestelling van die beslaglegging.
>
> 4. Soos aan u meegedeel sit ons tans met die probleem dat indien 'n hof bevind dat dit nie pensioengeld is nie, dan het die pensioenfonds 'n eis teen die Insolvente Boedel T Bester en beteken dit dat Mnr Bester nog geen pensioen ontvang het nie. Dit sou beteken dat hy geregtig is op die totaal van sy aandeel in die fonds sonder verrekening van die pensioen wat volgens ons mening reeds vooruitbetaal was.
>
> 5. Ons bevestig dat ons na 'n lang gesprek met u ooreengekom het dat u pro rata van elke lid genoeg sal terughou op hulle

> uitbetaling ten einde voorsiening te maak dat, in die onwaarskynlike geval dat 'n hof wel bevind dat dit nie pensioen is nie, daar genoegsame fondse sal wees om Mnr Bester in terme van die nuwe verdeling sy volle pensioen te kan betaal."

Dit is vanweë hierdie ooreenkoms dat in die distribusierekening die volle omvang van die respondent se pensioenaandeel aan hom toegeken is, onderhewig aan die reedsgenoemde nota. Indien bevind sou word dat die twee betalings aan die respondent wel pensioenbetalings was, sou die bedrag van R1 330 000 en, soos dit voorkom, ook rente daarop volgens die nota aan die ander lede van die Fonds uitbetaal word. Slegs die verskil tussen daardie bedrag en R1 843 590,99 sou dan die respondent toekom.

Om redes wat nie ter sake is nie, het die respondent se aandeel in die Fonds (sonder enige verrekening) teen 28 Februarie 1994 toegeneem tot R1 993 837,38. In Julie van daardie jaar het die Kommissaris van

Binnelandse Inkomste toe die eerste appellant in kennis gestel dat kragtens para. 2 van die Vierde Bylae tot die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 'n totale bedrag van R796 814,94 van bogenoemde som afgetrek moes word. In die skrywe is ook die volgende gesê:

> "I understand from my conversations with you that the fund, at this stage, holds in the region of R400 000 on behalf of Mr Bester. Should this be the case, you are authorized to pay the Receiver of Revenue only this amount in terms of this directive."

Hierdie belastingsaanwysing het daartoe gelei dat die respondent se prokureur op 2 Augustus 1994 'n skrywe aan die eerste appellant gerig het. Daarin is die houding ingeneem dat die respondent geregtig was op betaling van die volle bedrag van R1 993 837,38, en is opdrag gegee dat hierdie bedrag aan UAL Voorsorgfonds tot voordeel van die respondent oorbetaal moes word. Aangeheg by die skrywe was 'n vorm waarvolgens die respondent aansoek gedoen het om 'n bedrag van R1 950 000 in UAL Voorsorgfonds te belê. Die eerste appellant se

reaksie was dat die respondent reeds pensioenbetalings ten bedrae van R1 330 000 ontvang het; dat rente daarop tot 28 Februarie 1994 R242 104,91 beloop het; dat die balans aan hom verskuldig op daardie datum dus slegs R421 732,47 was, en dat volgens bogenoemde aanwysing laasgenoemde bedrag aan die Ontvanger van Inkomste betaal moes word.

Terwyl die aansoek teen die kurators van sy boedel nog hangende was, het die respondent 'n verdere aansoek ("die onderhawige aansoek") teen die appellante in die Transvaalse Provinsiale Afdeling geloods. Daarin het hy bevele aangevra waarvolgens verklaar sou word dat hy geregtig was op betaling van die bedrag van R1 993 837,38 uit die bates van die Fonds, en wat die eerste appellant sou gelas om daardie bedrag oor te betaal aan UAL Voorsorgfonds tot krediet van die respondent. 'n Kostebevel is slegs teen die eerste appellant aangevra.

Hoewel tentatief geformuleer, was die grondslag van die onderhawige aansoek dat die twee betalings wat die respondent ontvang het vanweë hul onreëlmatigheid nie pensioenbetalings was nie, en dat die respondent derhalwe geregtig was op betaling van die volle bedrag van R1 993 837,38. Hierdie grondslag was onversoenbaar met dié van die eerste aansoek en dit is dus nie verbasend nie dat daardie aansoek by die aanvang van die verhoor van die onderhawige aansoek teruggetrek is.

Laasgenoemde aansoek is deur beide appellante bestry. Tydens betoog in die hof a quo was dit gemene saak dat omdat voornoemde reglementswysiging nooit geregistreer was nie, die twee betalings aan die respondent onreëlmatig geskied het. Die appellante het nietemin aangevoer dat die betrokke bedrae wel "pensioengelde" was wat in verrekening gebring kon word teen die respondent se volle aandeel in die Fonds.

Die hof a quo (Le Roux R) het bevind dat die twee uitbetalings wel "pensioengelde" was maar dat verrekening nie kon plaasvind nie, en wel omdat die respondent se vordering teen die Fonds wat by ontbinding daarvan ontstaan het nie gelikwideerd was toe sy boedel gesekwestreer is nie. Dit is nie vir my duidelik welke regsgevolg die hof aan sy eerste bevinding geheg het nie. Klaarblyklik was Le Roux R egter van mening dat die twee betalings aan die respondent nie sy aandeel in die Fonds verminder het nie. Ek sê dit omdat sy slotsom dat skuldvergelyking nie toepassing gevind het nie die bestaan van twee vorderings impliseer; naamlik 'n vordering van die respondent vir sy volle aandeel in die Fonds en 'n vordering van die Fonds teen die respondent vir betaling van R1 330 000.

Bogenoemde slotsom het daartoe gelei dat die aansoek toegestaan is. Geen kostebevel is egter gemaak nie. Daarna is aan die appellante

verlof verleen om na hierdie hof te appelleer, terwyl die respondent verlof verkry het om 'n teenappèl teen die kostebevel - of gebrek daaraan - aan te teken.

Op appèl is deur die appellante aangevoer dat die respondent ten tye van die twee betalings geregtig was om na beëindiging van die Fonds die aktuariële waarde van sy pensioenaandeel ingevolge die reglement te ontvang; dat, hoewel onreëlmatig, die betalings gemaak en aanvaar is met die bedoeling om die verpligting van die Fonds teenoor die respondent gedeeltelik te delg, en dat die betalings derhalwe wel die respondent se aandeel verminder het. Hierdie argument hou egter nie rekening met die feit dat ten tye van die betalings die respondent nie geregtig was om enige bedrag as pensioen uit die Fonds te ontvang nie, en dat as keersy nóg die bestuurskomitee nóg Eerste Bowring bevoeg was om hom so 'n bedrag te laat toekom. Kortom, die betalings was

ultra vires die bevoegdhede van die bestuurskomitee. Dit synde so, was die betalings indebite, en het daar onmiddellik terugvorderingsregte vir die bestuurskomitee teen die respondent ontstaan. (Vgl Bowman NO v Fidelity Bank Ltd (1997) 1 All SA 317 (A) 322-3.) En die bestaan van sodanige vorderingsregte is natuurlik onverenigbaar met 'n gedeeltelike uitwissing van 'n skuld van die Fonds teenoor die respondent.

Indien die respondent se boedel nie gesekwestreer is nie, sou geen probleem ontstaan het nie. Die eerste appellant sou dan die betalings teen die respondent se volle pensioenaandeel in verrekening kon gebring het. By sekwestrasie het die skuld wat die keersy van die terugvorderingsreg(te) was egter in die respondent se boedel gevestig en kon skuldvergelyking nie plaasvind betreffende sy reg op sy pensioenaandeel wat weens die bepalings van art 23(7) van die Insolvensiewet nie aldus gevestig het nie.

Bostaande bring egter nie mee dat die onderhawige aansoek tereg toegestaan was nie. Ten tye van die twee betalings het die respondent wel 'n voorwaardelike aanspraak op betaling van sy pensioenaandeel teen die Fonds gehad. Inderdaad was meerdere voorwaardes ter sprake. Ek noem slegs die volgende. Die reg op 'n toekomstige betaling was in eerste instansie afhanklik van die solvensie van die Fonds. Tweedens, en indien die Fonds nie ontbind sou word nie, sou die respondent die datum van beëindiging van sy diens moes oorleef (klousule 5.1. van die reglement). En in geval van ontbinding sou hy sy vordering tot bevrediging van die likwidateur - of 'n hof op appèl daarheen - moes bewys (art 28(14) van die Wet).

Nou is dit geykte reg dat indien 'n voorwaardelike skuld betaal word in die waan dat die voorwaarde vervul is, die betrokke bedrag met die condictio indebiti teruggevorder kan word. Vind vervulling egter

plaas alvorens terugbetaling geskied het, verval die terugvorderingsreg. Sien onder andere Voet 12.6.3, en Wessels, Law of Contract, 2de uitg, vol 2, para 2256. Pothier, Treatise on the quasi-contract called promutuum and on the condictio indebiti, motiveer laasgenoemde reël soos volg (Hosten se vertaling, p.12):

> "But if, before the claim for recovery has been exercised, the condition is fulfilled, the claim for recovery does not lie any more since the fulfilment of conditions has a retroactive effect; one is thus deemed to have paid a thing which is due."

Ek kan aan geen rede dink nie waarom die regsposisie anders sou wees indien die voorwaardelike skuldenaar betaal nie omdat hy verkeerdelik meen dat die voorwaarde vervul is nie, maar omdat hy onder die waan is dat die skuld onvoorwaardelik ontstaan het. In die onderhawige geval was die respondent en Eerste Bowring, handelende namens die bestuurskomitee, nou juis onder die indruk dat vanweë die reglementswysiging die respondent 'n onvoorwaardelike reg op betaling

van sy pensioenaandeel verkry het. Soos reeds aangedui, was hierdie indruk onjuis omdat die respondent slegs 'n voorwaardelike reg gehad het. Die waan waaronder Eerste Bowring betaal het, verskil dus in wese nie van dié van 'n voorwaardelike skuldeiser wat 'n betaling maak omdat hy, om welke rede ook al, meen dat hy 'n onvoorwaardelike verskuldigheid het nie. Waaroor dit gaan, is nie 'n voorwaardelike betaling nie, maar 'n betaling wat bedoel is om onvoorwaardelike werking te hê terwyl daar egter slegs 'n voorwaardelike skuld bestaan.

Pendente condicione kon die bestuurskomitee, en later die likwidateurs, natuurlik die onverskuldigde bedrae teruggevorder het. Hierdie terugvorderingsreg(te) het egter verval toe, en tot die mate waartoe, die respondent 'n onvoorwaardelike aanspraak op sy pensioenaandeel verkry het. Die keersy hiervan was dat op daardie datum die onvoorwaardelike skuld geag was om met terugwerkende krag

(gedeeltelik) gedelg te gewees het.

Ek is gedagtig daaraan dat, soos reeds vermeld, die bestuurskomitee nie bevoeg was om enige bedrag aan die respondent te betaal nie. Hierdie onbevoegdheid was egter slegs 'n verdere rede waarom die onverskuldigde bedrae met die condictio indebiti teruggevorder kon word, en raak nie die effek van die latere vervulling van die voorwaarde(s) wat ten tye van die twee betalings die respondent se vordering teen die Fonds gekwalifiseer het nie.

Dit is onnodig om te bepaal presies wanneer die respondent 'n onvoorwaardelike reg op betaling van sy pensioenaandeel teen die Fonds verkry het. Laastens was dit by verstryking van die tydperk waarin die gewysigde distribusierekening ter insae gelê het. Voor daardie datum het nóg die bestuurskomitee nóg die likwidateurs gepoog om enige bedrag van die respondent - of sy insolvente boedel - te verhaal, en ewe min het

hy - of die kurators - enige terugbetaling aan die Fonds gemaak. Gevolglik is by vervulling van die voorwaarde(s) die omvang van die respondent se pensioenaandeel deur regswerking met die bedrag van R1 330 000 verminder.

Bostaande beskouing bring vanselfsprekend mee dat die eerste appellant nie op rente op die voorheen onverskuldigde betalings aanspraak het nie. Aan die ander kant moes die respondent se aandeel bereken gewees het op die basis dat die twee betalings met terugwerkende krag die omvang daarvan verminder het. Soos tans ingelig, beloop daardie aandeel hoogstens die verskil tussen R1 993 837,88 en R1 330 000, dit wil sê R 663 837,85. Ek het egter reeds genoem dat volgens 'n belastingsaanwysing die eerste appellant 'n bedrag van nagenoeg R800 000 aan die Ontvanger van Inkomste moet betaal. En aangesien die respondent nie in die alternatief gevra het dat

verskil tussen sy volle aandeel en R1 330 000 aan UAL Voorsorgfonds betaal moes word nie, volg dit dat sy aansoek afgewys moes gewees het. Die teenappèl kom dus nie ter sprake nie.

Die tweede appellant het versoek dat indien hy nie sy koste betreffende die appèl en die aansoek in die hof a quo van die respondent kan verhaal nie, die Fonds dit moet betaal. Dit sou egter 'n nadelige uitwerking kon hê op lede van die Fonds onder wie die som van R1 330 000 nou gedistribueer staan te word. Bowendien het die tweede appellant nie in sy persoonlike hoedanigheid enige koste opgeloop nie.

Die koste van die eerste appellant sal egter klaarblyklik deur die Fonds gedra moet word tot die mate waartoe hy dit nie van die respondent kan verhaal nie. Omdat ons nie daaroor toegespreek is nie en dit ook nie nodig is om 'n mening te lug nie, meld ek ten slotte dat

ek my nie uitlaat nie oor die vraag of en, indien wel, tot welke mate die respondent se bogenoemde oorblywende aandeel geraak sal word deur die koste van die litigasie tussen die partye.

Die appèl slaag met koste; die teenappèl word, wat die eerste appellant betref, met koste afgewys, en die bevel van die hof a quo word met die volgende vervang:

"Die aansoek word met koste afgewys."

HJO VAN HEERDEN
APPèLREGTER

Stem saam:

Schutz AR
Streicher WndAR

9A/97

Rapportable

THE SUPREME COURT OF APPEAL OF SOUTH AFRICA

Case No 543/95

In the matter between:

A D WILKENS NO — **First Appellant**
(First Respondent in the Court *a quo*)

REGISTRAR OF PENSION FUNDS — **Second Appellant**
(Second Respondent in the Court *a quo*)

and

THEUNIS BESTER — **Respondent**
(Applicant in the Court *a quo*)

CORAM: Van Heerden, E M Grosskopf, Marais, Schutz JJA *et* Streicher AJA

HEARD: 03 March 1997

DELIVERED: 13 March 1997

J U D G M E N T

MARAIS JA/

MARAIS JA:

I have had the benefit of reading the judgment of my learned brother Van Heerden and I agree that the result of the appeal and cross-appeal should be that which he proposes. However, I am in some doubt as to whether it is correct to approach the matter as if the two payments amounting to R1,33 m were conditional payments.

They were certainly not intended to be. Nor is this a case where it was wrongly thought that a pre-condition to payment known to exist, had been fulfilled. It is a case in which conditionality was intended to play no role whatsoever. I have difficulty in seeing how a transaction which, whether viewed subjectively or objectively, was quite unconditional and intended to be so, can be artificially equated *ex post facto* with a conditional transaction. It may be correct to say that the happening of the events or the existence of the circumstances

which my brother Van Heerden identifies as conditions, were conditions the fulfilment of which was necessary before respondent would have become entitled to payment of his pension in the normal course of events. But what the position would have been had events run their normal course is not, as I see it, the question. The "debt" which was intended to be discharged by the making of the two payments, although generically similar in that it had its source in the Pension Scheme, was a new and unconditional debt which postulated neither the future solvency of the Fund when respondent reached normal retiring age, nor respondent's surviving the termination of his employment, nor satisfactory proof of his claim being provided to the liquidator of the Fund (or a court on appeal to it) should the scheme be dissolved. Indeed, these conditions (if that is what they are) are quite incompatible with the "debt" which the parties purported to

discharge by their respective making and accepting of payment.

That this must be so is shown, I think, by posing the question: What if the amendment of the Scheme had been approved and registered by the Registrar of Pensions? The answer seems plain: the debt would have been valid in law and obviously not subject to the conditions enumerated by my brother Van Heerden. I hesitate to conclude that the fact that the Registrar did not approve or register the amendment of the Scheme makes it permissible to equate what was so plainly a debt not subject to those conditions, with one that was. *A fortiori* does that seem to me to be so when the conditions which are sought to be attached to it *ex post facto* are logically incompatible with the debt as perceived and intended by the parties. Regretfully, I remain unpersuaded that the approach adopted by my brother Van Heerden provides an acceptable rationale for the conclusion which we

join in thinking is right.

At the risk of appearing to oversimplify the problems which arise in this case, and mindful of the *caveat* that hard cases make bad law, I see the matter in this light. Respondent cannot escape from the fact that he is now claiming performance of a contractual obligation by the Pension Fund which both he and the Fund regarded as having been discharged *pro tanto* when he sought and obtained payment from the Fund of R1,33 m.

He does not tender to return the money so received by him. Nor do the liquidators of the Pension Fund seek repayment from him of the R1,33 m which was paid to him. They are content to acquiesce in that payment. Whether the payment was *ultra vires* the powers of the trustees of the Pension Fund, or *indebitum*, or irregular,

or whatever other epithet one chooses to attach to it, the fact remains that the payment was made by the Pension Fund in the belief that it was discharging *pro tanto* its obligation to pay respondent what was due to him in terms of the Pension Scheme, and the payment was accepted as such by respondent.

In my view, it is irrelevant whether or not the trustees of the Pension Fund, prior to its liquidation, or the liquidators of the Fund, after its liquidation, could have reclaimed the money so paid from respondent or from his trustees in insolvency. The fact of the matter is that they have not done so and have never had any intention of doing so. It is they, and they alone, who have the power in law to assert such a claim. It does not lie in respondent's mouth to require them to do so. If the liquidators of the Fund choose, as they have done, not to do so, and so leave the factual *status quo* undisturbed, I

can see no good reason in fact or law why respondent should be held to be entitled to assert a claim for payment of a particular sum of money which had as a fact already been received by him. *A fortiori* must that be so where he declines, or is unable, to return the money so received. The reality of the situation is that he would be receiving payment twice over if he were permitted to do so.

The supervening insolvency of respondent strikes me as equally irrelevant. No question of the right to set-off one debt against another arises. That would arise only if one were obliged to conclude that the payment of R1,33 m to respondent cannot be regarded in law as a discharge *pro tanto* of the Fund's contractual obligations to respondent. In my opinion, one is not so obliged when it is so plain that that is what the payment was intended to be by both the Fund and respondent, and where the only party who might have been

empowered in law to undo the payment, namely, the Fund's representatives in law, decline to do so, and it is so manifestly in the legitimate interests of the members of the Fund that they should decline to do so. It seems to me to follow inexorably that the law, if it is to make any sense, will have to recognise the factual reality of the situation and that no amount of juristic obfuscation can alter it.

It is admittedly inherent in my approach to the matter that scant store is set by juristic analyses aimed at demonstrating that the "debt" of R1,33 m paid by the Fund to respondent did not exist in law at the time when the payment was made, or that the debt which is now claimed is, juristically speaking, not identical to the "debt" then claimed. However, I see little need for concern about such considerations when the intractable facts are that the claim to R1,33 m was advanced by respondent as a pension claim (using this

expression in a generic sense) to which he was entitled by virtue of his contract with the Pension Scheme; that he was paid that sum by the Fund in intended satisfaction of that pension claim; that he accepted the payment as such; that he has not been called upon, nor will he be called upon, to repay it by the only persons who in law are entitled to do so; and that he does not tender to repay it, but nonetheless persists in asserting a pension claim to the self-same amount despite the fact that he has already received it. In short, the claim is one which had, as a fact, *pro tanto* already been met.

The untenability of respondent's claim is even more evident when one considers an obligation to deliver a specific *res* as opposed to an obligation to pay money. Suppose that a company secretary prematurely despatches to shareholders dividends *in specie* in the form of additional shares in the company in anticipation of the

directors' resolving to do so. The shareholders learn that the directors only resolved to make payment of the dividend *in specie* a month after their despatch. Can they be heard to say that shares despatched to them by the secretary were irregularly, or unlawfully, despatched to them, were thus *indebita,* and therefore to be regarded as not having been received, and that the same quantity of shares must again be delivered to them? Surely the company would be entitled to say "*Indebita* they may have been at the time but they were accepted by you as being owed to you and we have not sought to undo the allocation. As a fact you have received the shares and you cannot have the shares twice over". I cannot see that it would make any difference if a shareholder had sold the shares and no longer had them when he asserted such a claim, or if his estate had been sequestrated and his trustee in insolvency were to assert such a claim. It may be

said that this example is unhelpful because it is a case of subsequent ratification which would have the effect in law of retroactively validating the allocation, but it does provide an illustration of the pragmatism of the law. Just as it would be fatuous to refuse to accord recognition in law to the allocation of the shares simply because the only persons having the power in law to allocate them only authorised their allocation *ex post facto*, so would it be fatuous to refuse to regard as payment or the discharge of a debt, payment of a sum of money or delivery of a *res* intended by both parties to constitute payment or discharge of that debt, and which payment or delivery neither party has any intention of setting at nought. I regard the phenomenon of ratification as simply one instance of the way in which the law seeks to avoid results which would be absurd and serve nobody's legitimate interests. Indeed, the retroactive effect given to the *ex post facto*

fulfilment of a condition to which my learned brother Van Heerden has referred is yet another example.

There are other instances in the law where the performance of obligations which, objectively regarded, were *indebita,* are nonetheless regarded effectively as if they were not. Thus where performance had taken place ostensibly pursuant to an oral contract of sale which was in fact invalid for want of compliance with a statute requiring the contract to be in writing, it was held that neither party could require the ostensible performance to be undone. See **Wilken v Kohler** 1913 AD 135 at 144. As Innes JA (as he then was) said: "It by no means follows that because a court cannot enforce a contract which the law says shall have no force, it would therefore be bound to upset the result of such a contract which the parties had carried through in accordance with its terms". So too may ownership of a *res*

pass upon delivery despite the invalidity of the contract in purported performance of which it was given, provided only that the parties intended respectively to transfer and receive ownership. Wilken v Kohler, *ibid*; MCC Bazaar v Harris and Jones (Pty) Ltd 1954 (3) SA 158 (T). Whether or not in any given case either of the parties may claim to undo the performance is another question the answer to which will depend upon the reason why the contract is invalid, but these cases illustrate at least that the law can, and often does, give effect to the mutual intention and intended acts of parties even if the contract pursuant to which the acts were performed was invalid.

I might add that it would be a strange result indeed if it were to be held that respondent, an unrehabilitated insolvent, may bring this claim against the Pension Fund (sec 23 (7) of the Insolvency Act No 24 of 1936) because it does not vest in the trustees of his

insolvent estate by virtue of the protection given to it by sec 37 B of the Pension Funds Act No 24 of 1956, but that the liquidators of the Pension Fund cannot rely upon the payment already made to respondent prior to his insolvency to defeat his claim *pro tanto*.

R M MARAIS
JUDGE OF APPEAL

E M GROSSKOPF JA) Concurs