

Greg Barton *Appellant*;

and

Agincourt Football Enterprises Limited
Respondent.

File No.: 16107.

1981: November 10; 1982: May 31.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Contracts — Interpretation — Termination — Football player cut from club — Contract signed with another club — Whether or not first contract terminated — Whether or not player able to collect pay pursuant to first contract on second club's collapse.

The appeal raised issues in contract law relating to the rights and obligations of an employee under a contract of service when the employer purported to terminate that contract and the employee purported to enforce payments falling due under the contract after the purported termination.

Appellant, a football player while under contract with respondent, signed a contract with a U.S. club without respondent's permission. At that time he had been "cut" from respondent's club but continued to be paid as stipulated in the contract. When the U.S. club closed operations, paying appellant less than expected under his contract with them, appellant demanded that respondent meet the payments falling due under the contract and brought action when respondent refused. It was agreed that the claim should be for the net amount due taking into account the amount received from the U.S. club, and also that the C.F.L. by-laws did not apply to the interpretation of the contract on other issues.

Held (Laskin C.J. and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson, Beetz and McIntyre JJ.: Respondent's obligation to pay the salary pursuant to the contract depended on plaintiff's being available and willing to provide the services described in the contract. Appellant's contract with the U.S. team breached the contractual arrangement with respondent, freeing respondent of any further obligation to pay under that contract.

Greg Barton *Appellant*;

et

Agincourt Football Enterprises Limited
Intimée.

N° du greffe: 16107.

1981: 10 novembre; 1982: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Contrats — Interprétation — Résiliation — Joueur de football retranché du club — Signature d'un contrat avec un autre club — Y a-t-il eu résiliation du premier contrat? — Le joueur peut-il, après l'effondrement du second club, toucher le salaire prévu au premier contrat?

Le pourvoi soulève des questions qui relèvent du droit des contrats et qui portent sur les droits et les obligations d'un employé en vertu d'un contrat de travail lorsque l'employeur allègue que le contrat est résilié et que l'employé soutient qu'il a droit aux montants dus sous le régime de ce contrat après cette prétendue résiliation.

L'appelant, un joueur de football, alors qu'il était lié par un contrat avec l'intimée, a signé un contrat avec un club américain sans la permission de l'intimée. A l'époque, il avait été «retranché» du club de l'intimée, mais il continuait à toucher son salaire tel que prévu au contrat. Lorsque le club américain a cessé ses activités sans payer à l'appelant le plein montant contractuel, l'appelant a demandé à l'intimée le paiement des montants prévus au premier contrat; l'intimée a refusé et l'appelant a intenté une action contre elle. Les parties ont convenu que la réclamation porterait sur le montant net dû après déduction de la somme perçue du club américain et que le règlement intérieur de la L.C.F. ne s'applique ni à l'interprétation du contrat ni aux autres questions.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Dickson, Beetz et McIntyre: L'obligation de l'intimée de verser le salaire prévu au contrat était assujettie à la condition que le demandeur soit disponible et disposé à rendre les services mentionnés au contrat. En signant un contrat avec le club américain, l'appelant a rompu son contrat avec l'intimée, dégageant ainsi cette dernière de toute obligation de verser le salaire qui y était prévu.

Per Laskin C.J. and Estey J., dissenting: The contract was terminated by the parties' conduct. As authorized by the contract, termination occurred when respondent cut appellant from the club and appellant accepted such termination. Appellant's action, a claim in debt, survived because it arose under a term of the terminated contract by reason of the performance of the contract up to the date of termination by the appellant. Double recovery was not permissible. The policy which forbade a requirement of idleness to protect the status of the guaranty must at the same time forbid a claim upon the guarantor for so much of the guaranty as had been received from other sources.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1979), 108 D.L.R. (3d) 152, 27 O.R. (2d) 734, dismissing an appeal from a judgment of Goodman J. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey J. dissenting.

W. V. Sasso and G. Sternberg, for the appellant.

John T. Morin and Michael F. Brown, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey J. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—This appeal raises issues in contract law relating to the rights and obligations of an employee under a contract of service when the employer purports to terminate that contract and the employee purports to enforce payments falling due under the contract after such purported termination.

The plaintiff-appellant was a professional football player and the defendant-respondent the owner and operator of a professional football team playing in the Canadian Football League in the City of Toronto. The respondent became interested in acquiring the services of the appellant in 1971 when, having played out his contract with a team in the National Football League in the United States of America, he became free to enter into a contract to play football in Canada. In due course the parties entered into such a contract. In form it consisted of four annual contracts covering the playing seasons 1971 to 1974 inclusive, the contract date in each year actually commencing on

Le juge en chef Laskin et le juge Estey, dissidents: La conduite des parties a mis fin au contrat. Conformément au contrat, il y a eu résiliation dès lors que l'intimée a retranché l'appellant du club et que celui-ci a accepté la résiliation. L'action de l'appellant, qui est une demande de paiement d'une dette, subsiste parce qu'elle procède d'une clause du contrat résilié, en raison de l'exécution du contrat par l'appellant jusqu'à la date de la résiliation. Il ne lui est pas permis de bénéficier d'une double indemnisation. Le principe général qui interdit de prescrire l'inactivité pour que la garantie demeure applicable, doit également interdire de réclamer du garant, au titre de la garantie, l'équivalent de ce qui a été tiré d'autres sources.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 108 D.L.R. (3d) 152, 27 O.R. (2d) 734, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Goodman. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents.

W. V. Sasso et G. Sternberg, pour l'appellant.

John T. Morin et Michael F. Brown, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Ce pourvoi soulève des questions qui relèvent du droit des contrats et qui portent sur les droits et les obligations d'un employé en vertu d'un contrat de travail lorsque l'employeur allègue que le contrat est résilié et que l'employé soutient qu'il a droit aux montants dus sous le régime de ce contrat après cette prétendue résiliation.

Le demandeur-appellant était un joueur de football professionnel et la défenderesse-intimée était propriétaire-exploitante d'une équipe de football professionnelle qui jouait dans la Ligue canadienne de football, à Toronto. L'intimée s'est intéressée à retenir les services de l'appellant en 1971 lorsque, l'expiration de son contrat avec une équipe de la Ligue nationale de football des États-Unis d'Amérique, il est devenu libre de signer un contrat lui permettant de jouer au football au Canada. En temps utile, les parties ont signé un tel contrat. Ce contrat prend la forme de quatre contrats annuels applicables aux saisons 1971 à 1974 inclusivement, chacun entrant en vigueur le 1^{er} juin de l'année

June 1. Counsel agreed both here and below that in these proceedings the four contracts could be treated as one and that nothing turns in law or in fact on the physical separation of the contract into four individual, seasonal contracts for the period mentioned. The four contracts will be hereafter referred to as "the contract".

The appellant had played for the respondent under the contract in the year 1971 and through part of the 1972 season when the respondent notified the appellant that he was being "cut from the club" and that his services as a player were no longer required. I will return to the actual mechanics of this cessation of services because their significance looms large in the outcome of these proceedings. For the balance of the 1972 season and throughout the 1973 season the respondent paid to the appellant the amounts stipulated in the contract for those years although the appellant did not play for the team and only rendered some coaching and administrative services as requested on an infrequent and spasmodic basis. In the year 1974, prior to the commencement of the football season, the appellant entered into a contract with a team in Portland, Oregon, for the purpose of playing football with that team in the World Football League in the United States of America for the period from March 1974 to the end of the 1978 season. In the 1974 season the respondent was obligated to pay to the appellant under the contract (if it was then in force during the 1974 year) the sum of \$55,000. Under the arrangement with the Portland organization the appellant was to receive for the 1974 year almost precisely the same amount, taking into account bonuses and deducting agent's fees for the negotiation of the contract.

The appellant did not seek and was not granted permission from the respondent to play for the Portland team or to enter into the contract with that organization. Unhappily, as events turned out, the Portland organization ceased operations during the 1974 season and the appellant received from that source only \$20,000.

Meanwhile the appellant had requested the respondent to make the 1974 payments under the contract, namely \$45,000 which he would have

qu'il vise. Les avocats ont convenu en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure qu'aux fins de la présente instance les quatre contrats peuvent être traités comme un seul et que la division du contrat en quatre contrats saisonniers distincts applicables à la période mentionnée ne soulève aucune question de fait ou de droit. Les quatre contrats seront appelés ci-après «le contrat».

L'appellant avait joué pour l'intimée, conformément au contrat, en 1971 et pendant une partie de la saison 1972 lorsque l'intimée l'a avisé qu'il était [TRADUCTION] «retranché du club» et que ses services en tant que joueur n'étaient plus requis. Je reviendrai aux modalités de ce congédiement, car l'issue de la présente instance en dépend en grande partie. Pendant le reste de la saison 1972 et au cours de la saison 1973, l'intimée a versé à l'appellant les montants stipulés au contrat pour ces années, même si l'appellant n'avait pas joué pour l'équipe et n'avait rendu, sur demande peu fréquente et épisodique, que des services d'entraîneur et d'administrateur. En 1974, avant le début de la saison de football, l'appellant a signé un contrat avec une équipe de Portland (Oregon) en vue de jouer avec cette équipe dans la Ligue mondiale de football aux États-Unis d'Amérique, depuis mars 1974 jusqu'à la fin de la saison 1978. Pendant la saison 1974, aux termes du contrat (en supposant qu'il était alors en vigueur en 1974), l'intimée était tenue de verser à l'appellant la somme de \$55,000. L'entente avec l'organisation de Portland prévoyait le versement à l'appellant, pour l'année 1974, d'une somme presque identique, si l'on tient compte des primes et si l'on déduit les honoraires du négociateur du contrat.

L'appellant n'a pas demandé à l'intimée la permission de jouer pour l'équipe de Portland ni de signer le contrat avec cette organisation et l'intimée ne lui a pas accordé cette permission. Malheureusement, l'organisation de Portland devait cesser ses activités au cours de la saison 1974 et l'appellant n'a reçu de cette source que \$20,000.

Entre-temps, l'appellant avait demandé à l'intimée de lui verser les sommes prévues au contrat pour l'année 1974, soit un montant de \$45,000

received as a player in that season. The appellant did not demand an additional \$10,000 payable for coaching services. The respondent refused to make any such payment with the result that the appellant brought action for the recovery of \$55,000 "for damages for breach of contract" made up presumably of \$45,000 for services as a player and \$10,000 for coaching services. Before this Court the appellant took the position, however, that he was entitled to the net amount, being approximately \$35,000.

For the purposes of this appeal counsel for both parties further agreed, in addition to the reduction of the claim to the net basis already mentioned, that the by-laws of the Canadian Football League do not apply to the interpretation of the contract or to the other issues herein arising.

The action brought by the appellant was dismissed at trial and an appeal to the Ontario Court of Appeal was likewise dismissed. It is convenient to set out at the outset the principal parts of the contract upon which the disposition of this action comes to depend.

2. The player agrees that during the term of this contract he will play football and will engage in activities related to football only for the Club and will play for the Club in all its Conference's scheduled and play-off games, and Canadian Football League play-off games and any exhibition games for which the Club may arrange; and the Club, subject to the provisions hereof, agrees during such period to employ the player as a skilled football player. The player agrees during the term of this contract to report promptly for the Club's training sessions and at the Club's directions to participate in all practice sessions.

3. For the player's services as a skilled football player during the term of this contract, and for his agreement not to play football, or engage in activities relating to football, for any other person, firm, Club or corporation during the term of this contract and for the option hereinafter set forth giving the Club the right to renew this contract and for the other undertakings of the player herein, the Club promises to pay the player the sum of \$45,000 guaranteed, to be payable as follows:

qu'il aurait touché en tant que joueur au cours de cette saison. L'appelant n'a pas exigé le versement d'une somme supplémentaire de \$10,000 pour ses services d'entraîneur. L'intimée a refusé d'effectuer un tel paiement, d'où l'action de l'appelant en recouvrement d'une somme de \$55,000 [TRADUCTION] «à titre de dommages-intérêts pour violation de contrat», laquelle somme comprend probablement \$45,000 pour les services de joueur et \$10,000 pour les services d'entraîneur. En cette Cour, l'appelant a soutenu toutefois qu'il avait droit au montant net, soit approximativement \$35,000.

Aux fins de ce pourvoi, les avocats des deux parties, en plus de s'entendre sur la réduction de la réclamation au montant net susmentionné, ont reconnu en outre que le règlement intérieur de la Ligue canadienne de football ne s'applique ni à l'interprétation du contrat ni aux autres questions soulevées en l'espèce.

L'action intentée par l'appelant a été rejetée en première instance et un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario a subi le même sort. Il est utile d'exposer dès le début les clauses principales du contrat dont dépend l'issue de la présente action.

[TRADUCTION] 2. Le joueur consent, pendant la durée du présent contrat, à jouer au football et à se livrer à des activités liées au football exclusivement pour le Club, ainsi qu'à jouer pour le Club dans tous les matchs réguliers et éliminatoires de la Division dont le Club fait partie, dans tous les matchs éliminatoires de la Ligue canadienne de football et dans tout match hors-concours que le Club peut organiser; et le Club, sous réserve des présentes dispositions, consent à employer le joueur comme joueur de football compétent pendant cette période. Le joueur consent, pendant la durée du présent contrat, à se présenter assidûment aux séances d'entraînement du Club et, selon les directives de ce dernier, à participer à toutes les séances d'exercice.

3. En échange des services du joueur comme joueur de football compétent pendant la durée du présent contrat, en échange de son engagement de s'abstenir de jouer au football ou de se livrer à des activités liées au football pour quelque autre personne, firme, club ou société pendant la durée du présent contrat, en échange de l'option énoncée ci-après qui donne au Club le droit de renouveler le présent contrat et en échange des autres engagements pris par le joueur dans les présentes, le

75% of said salary in weekly instalments commencing with the first and ending with the last regularly scheduled Conference game played by the Club during such season, and the balance of 25% of said sum at the end of the last scheduled Conference game, unless the Club shall, after its last scheduled Conference game have any Conference or Canadian Football League play-off games to engage in, in which event the remaining 25% shall be paid at the end of the last such play-off games.

10. The player represents that he is and will continue to be highly skilled in all types of football team play to play football of the calibre required by the Conference and by the Club, and agrees to perform his services hereunder to the complete satisfaction of the Club and its Head Coach. If, in the opinion of the Head Coach, the player fails at any time during the term of this contract to demonstrate sufficient skill and capacity to play football of the calibre required by the Conference or by the Club, or if, in the opinion of the Head Coach, the player's work or conduct in the performance of this contract is unsatisfactory, or, where there exists a limit to the number permitted of a certain class of player, and in the opinion of the Head Coach, the player, being within that class, should not be included amongst the permitted number, the Club shall have the right to terminate this contract upon notice to the player. It is agreed by both parties that the Club's Head Coach shall be the sole judge as to the competency and satisfaction of the player and his services.

11. Upon termination of this contract during the football season, the player shall only be entitled to receive and the Club shall only be required to pay to the player as compensation for services theretofore rendered hereunder, such portion of the total compensation for the regular season as provided in paragraph 3 hereof, as the number of the regular scheduled Conference games already played bears to the total number of Conference games scheduled for the Club for that season, and upon such termination the Club shall pay to the player the balance of such compensation as then remains owing to the player.

12. The player promises and agrees that during the term of this contract he will not play football or engage in activities related to football in Canada or in the United States of America for any other person, firm, Club or corporation except with the prior written con-

Club s'engage à verser au joueur le montant de \$45,000, garanti et payable comme suit: 75% dudit salaire s'échelonneront en versements hebdomadaires dont le premier sera effectué à la date du premier match du calendrier régulier de la Division que le Club disputera au cours de la saison et le dernier, à la date du dernier de ces matchs, et les 25% restants seront payés à la fin du dernier match du calendrier régulier de la Division, à moins que le Club ne doive, après le dernier de ces matchs, participer à des matchs éliminatoires de la Division ou de la Ligue canadienne de football; le cas échéant, les 25% qui restent seront payés à la fin du dernier de ces matchs éliminatoires.

10. Le joueur déclare qu'il est et qu'il continuera d'être très compétent dans tous les aspects du jeu de football en équipe de manière à pouvoir jouer au football en maintenant la qualité de jeu requise par la Division et le Club, et il s'engage à rendre les services prévus aux présentes à l'entière satisfaction du Club et de son entraîneur-chef. Si l'entraîneur-chef juge que le joueur, à quelque moment que ce soit pendant la durée du présent contrat, ne fait pas preuve d'une compétence et d'une aptitude suffisantes pour jouer au football en maintenant la qualité de jeu requise par la Division ou le Club, ou si l'entraîneur-chef juge insatisfaisant le rendement ou la conduite du joueur dans l'exécution du présent contrat, ou s'il existe une limite quant au nombre de joueurs d'une certaine catégorie et si l'entraîneur-chef estime que le joueur, qui se situe dans cette catégorie, ne doit pas être de ce nombre, le Club a le droit de résilier le présent contrat après en avoir avisé le joueur. Les deux parties conviennent que l'entraîneur-chef du Club est seul juge de la compétence du joueur et du caractère satisfaisant de ses services.

11. Si le présent contrat est résilié au cours de la saison de football, le joueur ne pourra toucher, à titre de rémunération pour les services jusqu'alors rendus en vertu des présentes, et le Club ne sera tenu de lui verser, que la partie du salaire total pour le calendrier régulier prévu à la clause 3 des présentes, qui correspond à la proportion qui existe entre le nombre de matchs du calendrier régulier de la Division déjà disputés et le nombre total de matchs de la Division prévus au calendrier du Club pour la saison, et si le contrat est résilié, le Club devra verser au joueur le solde de ce salaire qui sera alors dû.

12. Le joueur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à s'abstenir de jouer au football et de se livrer à des activités liées au football au Canada ou aux États-Unis d'Amérique pour quelque autre personne, firme, club ou société, sauf avec le consentement écrit préalable.

sent of the Club, and that he will not, during the term of this contract engage in any game or exhibition of baseball, basketball, hockey, wrestling, boxing, or any other sport which endangers his ability to perform his services hereunder without the prior written consent of the Club.

13. The player hereby represents that he has special, exceptional and unique knowledge, skill and ability as a football player, the loss of which cannot be estimated with any certainty and cannot be fairly or adequately compensated by damages, and therefore agrees that the Club shall have the right, in addition to any other rights which the Club may possess, to enjoin him by appropriate injunction proceedings against playing football or engaging in activities relating to football in Canada or the United States of America, for any person, firm, Club or corporation, and against any other breach of this contract.

27. In agreement with the Argonaut Football Club, the player is to receive an additional \$10,000.00 for rendering service as a coach, guaranteed.

28. "Guaranteed" shall mean that the Club is obligated to pay the player the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29 under all circumstances even if the player is injured, is cut from the Club or is incapable in any way from playing or coaching football.

The parties executed at the same time as the four agreements an addendum which provides as follows:

... the undersigned agree that notwithstanding anything contained therein the agreements shall be read as follows:

(1) Paragraph 29 of the first year's agreement and paragraph 28 of the agreements for the succeeding years shall be amended to provide that the player's compensation as provided for in paragraph 3 of all four agreements shall not be guaranteed in the event, that the player is unable to play football as a result of injuries incurred not in the course of his employment. The balance of such compensation shall be guaranteed after and only after the player has fully recovered from such injuries.

In the event the player is unable to play football as a result of injuries incurred in the course of his employ-

ble du Club, et à ne participer, pendant la durée du présent contrat, sans le consentement écrit préalable du Club, à aucun match ou match hors-concours de baseball, de basket-ball, de hockey, de lutte, de boxe, ou à un autre sport qui peut compromettre sa capacité de rendre ses services en vertu des présentes.

13. Le joueur déclare par les présentes qu'il possède, comme joueur de football, des connaissances, une compétence et des aptitudes spéciales, exceptionnelles et uniques dont la perte ne peut être évaluée avec exactitude et ne peut être équitablement ou adéquatement compensée par voie de dommages-intérêts, et il reconnaît donc que le Club a le droit, en plus de tout autre droit qu'il peut détenir, de l'empêcher, par voie de requêtes en injonction appropriées, de jouer au football ou de se livrer à des activités liées au football au Canada ou aux États-Unis d'Amérique, pour quelque personne, firme, club ou société, et de rompre de toute autre manière le présent contrat.

27. Conformément à une entente avec le club de football Argonaut, le joueur touchera un montant supplémentaire de \$10,000, garanti, pour ses services d'entraîneur.

28. Le mot «garanti» signifie que le Club est tenu de verser au joueur les sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29, dans tous les cas, même si le joueur est blessé, s'il est retranché du Club ou s'il est pour quelque raison incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur.

Les parties ont signé, en même temps que les quatre contrats, une annexe qui porte que:

[TRADUCTION] ... les soussignés conviennent que, nonobstant toute disposition qu'ils peuvent contenir, les contrats doivent s'interpréter comme suit:

(1) La clause 29 du contrat pour la première année et la clause 28 des contrats pour les années suivantes sont modifiées de manière à prescrire que le salaire du joueur prévu à la clause 3 des quatre contrats ne sera pas garanti s'il arrive que le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies autrement que dans le cadre de son emploi. Le solde du salaire ne sera garanti qu'après que le joueur se sera complètement remis de ces blessures.

S'il arrive que le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies dans le cadre de

ment notwithstanding the provision of article six the player's salary is guaranteed as defined in the said contracts.

The learned trial judge described the status of the appellant under the contract after his release in August 1972 in the following way:

After the completion of the fourth game in the month of August, 1972, he was released from the active player's roster of the Club. This action is commonly referred to as being "cut from the club" and there is no dispute that it is this type of action which was referred to in paragraph 28 of the fourth contract which was the "guarantee" definition clause set forth above. The plaintiff states that at that time he was told he had been placed on waivers, that no other club had "picked him up" and that accordingly he was a "free agent".

It is common ground that when the plaintiff became a "free agent" he was entitled to play football for any other team in the United States or Canada.

The learned trial judge disposed of the claim on the basis of the manner in which it was pleaded, namely the assertion by the appellant to the full \$55,000 and not merely the \$35,064.12 lost by reason of the collapse of the Portland team during the 1974 season. The court treated the claim not as one for damages for breach of contract but in reality as a claim for the payment on the covenant contained in the contract. He found no evidence of any agreement between the parties that the appellant would be entitled to the full contractual sum for each of the four years from 1971 to 1974 inclusive, together with any revenue from playing elsewhere under whatever circumstances without deduction from the obligation of the respondent. The trial judge found that the general manager of the respondent had maintained the view throughout the negotiations or transaction that the appellant, once becoming a free agent as he did, was entitled to sign a contract to play for any football team. The learned trial judge found in this connection that the respondent at no time endeavoured to prevent the appellant from playing for another team, but once having signed the Portland contract the appellant was not in a position to fulfill his contract with the respondent, and the respondent was thus excused from performance. The nub of

son emploi, son salaire sera garanti conformément auxdits contrats, nonobstant la clause 6.

Le savant juge de première instance a décrit ainsi la situation de l'appelant en vertu du contrat, après son congédiement en août 1972:

[TRADUCTION] Après le quatrième match disputé en août 1972, il a été radié de la liste des joueurs actifs du Club. C'est ce qu'on appelle communément être «retranché du club» et on ne conteste pas qu'il s'agit précisément du type de mesure visé à la clause 28 du quatrième contrat, que j'ai déjà citée et qui définit le mot «garanti». Le demandeur affirme qu'à cette époque, il a été informé qu'il avait été offert au repêchage, qu'aucun autre club ne l'avait «repêché» et qu'il était donc «agent libre».

Les parties reconnaissent que quand le demandeur est devenu «agent libre», il avait alors le droit de jouer au football pour une autre équipe aux États-Unis ou au Canada.

Le savant juge de première instance a statué sur la réclamation en fonction de la manière dont elle avait été plaidée, en s'en tenant notamment à la revendication par l'appelant du montant intégral de \$55,000 et non simplement du montant de \$35,064.12 perdu en raison de l'effondrement de l'équipe de Portland au cours de la saison 1974. La cour a considéré que la réclamation était, en réalité, non pas une demande de dommages-intérêts pour violation de contrat, mais plutôt une demande de paiement fondée sur la clause contenue dans le contrat. Elle n'a constaté aucun élément de preuve de l'existence d'une entente entre les parties selon laquelle l'appelant aurait droit au plein montant prévu au contrat pour chacune des quatre années 1971 à 1974 inclusivement, ainsi qu'à tout revenu qu'il toucherait s'il jouait ailleurs, peu importe les circonstances, sans que ne soit effectuée aucune déduction du montant que l'intimée était tenue de payer. Le juge de première instance a conclu que le directeur général de l'intimée avait soutenu tout au long des négociations ou de l'opération que l'appelant, une fois devenu agent libre, comme cela s'est produit en l'espèce, avait le droit de signer un contrat avec n'importe quelle équipe de football. Le savant juge de première instance a conclu à cet égard que l'intimée n'avait à aucun moment tenté

the decision at trial is found in that part of the trial judgment where the trial judge states:

In my opinion the words "even if" in the context in which they are used in paragraph 28 are the equivalent of "including circumstances where". If I am correct in that opinion paragraph 28 would then read with that substitution "guaranteed" shall mean that the Club is obligated to pay the player the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29 under all circumstances including circumstances where the player is injured, is cut from the club or is incapable in any way from playing or coaching football". The three circumstances expressly covered are situations which might properly be characterised as non-willful circumstances in the sense that they are not situations created by a willful act on the part of the plaintiff which he knows will prevent him from fulfilling his contract with the defendant.

By applying the *ejusdem generis* rule of construction the trial court concluded that the obligations of the respondent under paragraph 28 did not extend to performing the contract once the appellant, by signing the Portland contract, had removed himself from a position where he could fulfill his contract with the respondent. The trial judge put it this way:

In my opinion the defendant was entitled to expect that the plaintiff's services would be available to it under the fourth contract as of June 1st, 1974, in consideration for its covenant to guarantee payment of his salary. If it did not choose to make use of his services for their own team during that year, it would have been entitled to have his services available so that the player could be traded. . . . Although it is not certain that it would have made use of such services or have been successful in trading him during the 1974 season, it was effectively deprived of the opportunity of endeavouring to do so.

For these reasons the trial court concluded:

It constituted an anticipatory and fundamental breach of his contract with the Toronto Club which was to have commenced on June 1st, 1974 and in my opinion the defendant was entitled to and did treat the contract at an end. It was thereupon excused from performance of the covenant to pay any salary.

d'empêcher l'appelant de jouer pour une autre équipe, mais qu'après avoir signé le contrat avec Portland, l'appelant n'était plus en mesure d'exécuter son contrat avec l'intimée, de sorte que cette dernière n'était plus tenue non plus de l'exécuter. L'essentiel de la décision rendue en première instance se trouve dans cette partie où le juge dit:

[TRADUCTION] A mon avis, les mots «même si» dans le contexte de la clause 28 reviennent à dire «y compris le cas où». Si cette opinion est exacte, la clause 28, avec cette substitution, se lirait ainsi: «Le mot «garanti» signifie que le Club est tenu de verser au joueur les sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29, dans tous les cas, y compris le cas où le joueur est blessé, retranché du Club ou, pour quelque raison, incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur». Les trois cas expressément visés pourraient être, à juste titre, qualifiés de fortuits en ce sens qu'il ne s'agit pas de situations qui résultent d'un acte volontaire que le demandeur accomplit en sachant que cela va l'empêcher d'exécuter son contrat avec la défenderesse.

En appliquant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, la cour de première instance a conclu que les obligations de l'intimée aux termes de la clause 28 ne comprenaient pas l'exécution du contrat après que l'appelant, par la signature du contrat avec Portland, se fut placé dans l'impossibilité d'exécuter son contrat avec l'intimée. Voici ce qu'a dit le juge de première instance:

[TRADUCTION] A mon avis, la défenderesse était en droit de s'attendre, en échange de son engagement à garantir le paiement du salaire du demandeur, à disposer des services de ce dernier à partir du 1^{er} juin 1974, conformément au quatrième contrat. Si la défenderesse avait choisi de ne pas recourir à ses services pour sa propre équipe au cours de l'année en question, elle aurait eu le droit de les retenir en vue d'un échange . . . Même s'il n'est pas certain qu'elle aurait eu recours à ces services ou qu'elle aurait réussi à l'échanger au cours de la saison 1974, elle se trouvait effectivement privée de la possibilité de tenter de le faire.

Pour ces motifs, la cour de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Cela constituait une violation anticipée et fondamentale de son contrat avec le club de Toronto, qui devait entrer en vigueur à partir du 1^{er} juin 1974 et, à mon avis, la défenderesse avait le droit de résilier le contrat, ce qu'elle a fait. Elle était dès lors dégagée de l'obligation de verser un salaire.

The Court of Appeal adopted the reasons of Goodman J. at trial "With the exception of the reliance of the trial judge upon the *ejusdem generis* rule ..." with respect to s. 28 of the agreement.

It would be well to sweep aside the matter of the by-laws of the Canadian Football League before turning to the operative terms of the contract. Section 7 of the contract provides that:

7. The player agrees to comply with all the rules and regulations now, or which may hereafter be, adopted during the duration of this contract, by the Canadian Football League and/or the Conference and/or the Club.

The by-laws are not made a part of the agreement. The clause clearly does not mean the by-laws would override any terms of the contract. At most it calls upon the player when performing his services under the contract to conform to League requirements. The reference in s. 7 to rules which may be adopted by the Club underlines this meaning. Furthermore the record includes only sections 4 and 8 of the League by-laws, the former relating to the procedures of notifying other members of the League when "dispensing with the services of a player", and the latter dealing with the recording of player contracts with the League by each team member and the eligibility of team players to compete in League games. Counsel agreed before this Court that these League regulations are not relevant to the interpretation of the contractual terms before the Court, and at the most assist in matters of terminology.

The key issue, therefore, is to determine the contractual consequences of the action taken by the respondent in August 1972.

Paragraph 10 of the contract, *supra*, expressly gives the respondent "the right to terminate this contract". Paragraph 11 then adds "Upon termination of this contract ..." the compensation payable shall be calculated according to the pro-

La Cour d'appel a adopté les motifs rendus en première instance par le juge Goodman [TRADUCTION] «sauf dans la mesure où le juge de première instance s'est fondé sur la règle *ejusdem generis* ...» relativement à la clause 28 du contrat.

Il serait bon de trancher la question du règlement intérieur de la Ligue canadienne de football avant de passer à une étude des dispositions essentielles du contrat. La clause 7 du contrat prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 7. Le joueur s'engage à se conformer à l'ensemble des règles et règlements actuellement en vigueur ou à ceux que la Ligue canadienne de football, la Division ou le Club, ou les trois à la fois, pourront adopter pendant la durée du présent contrat.

Le règlement intérieur ne fait pas partie du contrat. Il est évident que la clause ne signifie pas que ce règlement intérieur l'emporte sur toute disposition du contrat. Elle exige tout au plus que le joueur, en rendant ses services en vertu du contrat, se conforme à certaines exigences de la Ligue. Cette interprétation est renforcée par la mention, dans la clause 7, des règles que le Club peut adopter. De plus, le dossier n'énonce que les art. 4 et 8 du règlement intérieur de la Ligue; le premier se rapporte à la procédure à suivre pour aviser les autres membres de la Ligue lorsqu'on [TRADUCTION] «remercie un joueur de ses services», et le second traite de l'enregistrement des contrats des joueurs auprès de chaque équipe membre de la Ligue et de l'admissibilité des joueurs qui font partie des équipes à participer aux matchs de la Ligue. Les avocats ont reconnu en cette Cour que ces règlements de la Ligue ne sont d'aucune utilité en ce qui concerne l'interprétation des clauses contractuelles soumises à l'examen de la Cour et que tout au plus ils peuvent être utiles sur le plan terminologique.

La question fondamentale est donc de savoir quelles sont les répercussions contractuelles de la mesure prise par l'intimée en août 1972.

La clause 10 du contrat, précitée, confère expressément à l'intimée «le droit de résilier le présent contrat». Puis la clause 11 ajoute que «Si le présent contrat est résilié ...», la rémunération à verser sera calculée suivant la proportion qui existe

portion of games played prior to such termination to the total games scheduled for the year. Of course the terms of paragraph 11 are wholly inconsistent with those of s. 28 which require the respondent to pay "the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29" (the basic player and coach compensation and renewal contract compensation) "under all circumstances". This is the broad definition given to the word "guaranteed" after it appears after each sum stipulated in the said paragraphs 3, 27 and 29. The only descriptive or qualifying terms relating to this definition follow in paragraph 28 or are found in the "addendum", *supra*. Paragraph 28 adds, "even if the player is injured, is cut from the Club or is incapable in any way from playing or coaching football". The trial judge equated the words "even if" to "including circumstances where" and concluded that the three illustrations or conditions which followed formed a class of non-willful circumstances not created by the player, and thereupon applied the *ejusdem generis* rule of construction concluding that the guaranty was terminated with the execution by the appellant of the Portland contract. The Court of Appeal confirmed this result although without reliance on this rule of interpretation. The addendum, *supra*, expressly adds one further circumstance where the guaranty would not apply, namely where "the player is unable to play football as a result of injuries incurred not in the course of his employment". This is an express exclusion from the guaranty of a circumstance which would ordinarily be described as "non-willful". The words "even if" carry an emphasis or an inference that underlines the sweeping character of the expression in the guaranty itself, "all circumstances". In contrast, the expression "including circumstances where" is an illustrative phrase which lacks the demonstrative tone of the expression "even if". In my view a closer or more appropriate synonym would be "notwithstanding that". Either way the term is calculated to assure the player being recruited as a member of the respondent's team that the guaranty had no limits other than what was established in the addendum.

However, this still leaves the heart of the issue untouched, that is, after the events of August 1972

entre le nombre de matchs disputés avant cette résiliation et le nombre total de matchs prévus au calendrier pour l'année. La clause 11 est évidemment tout à fait incompatible avec la clause 28 qui exige que l'intimée paie «des sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29» (la rémunération de base pour les services de joueur et d'entraîneur et l'indemnité applicable au renouvellement du contrat) «dans tous les cas». Voilà la définition générale qui est donnée au mot «garanti» inscrit après chaque montant stipulé aux clauses 3, 27 et 29. Les seuls mots qui précisent ou limitent la portée de cette définition suivent dans la clause 28 ou se trouvent dans l'«annexe», précitée. La clause 28 ajoute «même si le joueur est blessé, s'il est retranché du Club ou s'il est pour quelque raison incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur». Selon le juge de première instance, les mots «même si» reviennent à dire «y compris le cas où» et il a conclu que les trois exemples ou situations qui suivent constituent une classe de circonstances fortuites qui ne sont pas provoquées par le joueur; cela dit, il a appliqué la règle d'interprétation *ejusdem generis*, concluant que la garantie a pris fin au moment de la signature par l'appellant du contrat avec Portland. La Cour d'appel a confirmé cette conclusion, sans toutefois se fonder sur cette règle d'interprétation. L'annexe, précitée, précise un autre cas où la garantie ne s'appliquerait pas, savoir lorsque «le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies autrement que dans le cadre de son emploi». Ainsi est expressément soustraite à la garantie une circonstance que l'on qualifierait ordinairement de «fortuite». Les mots «même si» ont une portée ou un sens qui souligne la nature générale de l'expression «tous les cas» qui figure dans la garantie elle-même. L'expression «y compris le cas où», par contre, sert d'exemple et est à ce titre dépourvue du ton démonstratif de l'expression «même si». A mon avis, un synonyme plus exact ou plus approprié serait «même quand». Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une expression conçue pour assurer le joueur recruté comme membre de l'équipe de l'intimée que la garantie n'est limitée que par ce qui est prévu à l'annexe.

Cela ne répond pas toutefois à la question fondamentale de savoir quelle était la situation juridi-

and the continuing relationship between the parties in 1973, what was the status in law of this contract of employment? The respondent pleaded in its statement of defence that the contract had been terminated pursuant to action taken under paragraph 10. The defence reads:

The Plaintiff was released by the Club in August, 1972 in accordance with the provisions of paragraph 10. He was paid the amounts owing under the contract to that date in accordance with the provisions of paragraph 11. The Club had no further obligations to the Plaintiff under the contract.

The negotiation rights with reference to the appellant passed to the Hamilton member of the League and remained there until surrendered or reassigned by Hamilton to the respondent in 1974 when the respondent had already received notice of the appellant's demands and knowledge of the Portland contract. Significantly there is attached to the 1974 segment of the contract:

Player Greg Barton for the 74 season has been removed from the register for the following reason: . . . Terminated. Player waived and deleted from roster.

Taking into account oral testimony which the trial judge later found to be inadmissible, it was concluded:

At its best, I am of the opinion that the discussions between the parties related to no more than the intention that the Toronto Club would guarantee that the income the plaintiff would receive from playing football and coaching during the Canadian Football League playing season in the years 1971, 1972, 1973 and 1974 would be no less than the amounts set forth in the four contracts and that there was no express agreement that in the event that the plaintiff was "cut" from the Toronto Club's roster, that he would be entitled to full payment from the Toronto Club in addition to any salary he might earn from playing for any other club in the Canadian Football League or National Football League.

This of course leaves unanswered the question as to whether the guaranty would reflect by reduction any amounts received for playing football in Portland. Elsewhere the court accepted the evidence on behalf of the respondent that the appellant, after

que de ce contrat de travail à la suite des événements d'août 1972 et des rapports continus entre les parties en 1973. L'intimée a soutenu dans les conclusions de sa défense que le contrat avait été résilié conformément à la clause 10. La défense porte:

[TRADUCTION] Le Club a congédié le demandeur en août 1972 conformément aux dispositions de la clause 10. En conformité avec la clause 11, on lui a payé les montants qui, aux termes du contrat, lui étaient dus jusqu'à cette date. Le Club n'avait aucune autre obligation envers le demandeur en vertu du contrat.

Les droits de négociation relatifs à l'appelant sont passés au club d'Hamilton membre de la Ligue qui les a conservés jusqu'en 1974, année où il les a cédés ou retransférés à l'intimée qui, à cette époque, avait déjà été avisée des réclamations de l'appelant et du contrat que ce dernier avait signé avec Portland. Il est important de souligner la mention suivante jointe à la partie du contrat qui s'applique à l'année 1974:

[TRADUCTION] Pour la saison 1974, le joueur Greg Barton a été radié du registre pour le motif suivant: . . . Résilié. Joueur offert au repêchage et radié de la liste des joueurs actifs.

Compte tenu du témoignage qu'il a ultérieurement jugé irrecevable, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Tout au mieux, j'estime que les entretiens entre les parties ont porté simplement sur l'intention que le club de Toronto garantisse que le revenu que le demandeur toucherait pour jouer au football et rendre des services d'entraîneur au cours des saisons 1971, 1972, 1973 et 1974 de la Ligue canadienne de football ne serait pas inférieur aux montants prévus dans les quatre contrats. J'estime en outre qu'il n'y avait pas d'entente expresse selon laquelle, au cas où le demandeur serait «retranché» de la liste des joueurs actifs du club de Toronto, il aurait droit au paiement de la somme totale par le club de Toronto, en plus de tout salaire qu'il pourrait toucher en jouant pour un autre club de la Ligue canadienne de football ou de la Ligue nationale de football.

Cela ne répond évidemment pas à la question de savoir si la garantie serait réduite en fonction des montants touchés pour jouer au football à Portland. Par ailleurs, la cour a retenu le témoignage rendu pour le compte de l'intimée suivant lequel

August 1972, could have signed a contract to play for any football team. The issue therefore narrows down to the position of the parties under paragraph 28 as to the extent of the guaranty. The court summarizes these positions:

The defendant's [respondent's] position is however that as soon as the plaintiff signed his contract with the Portland Club, he was no longer in a position to fulfill his contract and that his action in signing such a contract amounted to a repudiation of his contract with the defendant, thereby excusing it from performance on its part.

This seems to be somewhat at odds with the endorsement attached to the 1974 contract as quoted above; as well as being at odds with the pleaded position, *supra*.

Equally ambivalent is the appellant. As the trial judge put it:

The plaintiff [appellant] took the position that the definition of "guarantee" in paragraph 28 is clear and all embracing and that the defendant [respondent] must pay the plaintiff under all circumstances excluding the circumstances mentioned in the addendum

The trial judge then concluded that paragraph 28 would raise no obligation in the respondent to pay the appellant where the appellant willfully refused to provide his services or:

. . . where he willfully entered into a contract covenanting to provide his services to another club during the time period when he could have been required to make his services available to the Toronto Club under the fourth contract.

But this does not meet the need to resolve the clash between paragraphs 10 and 28 of the contract. If the contract was indeed terminated in August 1972 leaving a crystallized debt owing to the appellant, his conduct thereafter does nothing to alter the obligation of the respondent. If on the other hand the events of August 1972 did not terminate the contract under paragraph 10, then the respondent's right to look to the appellant for services continues and the appellant's conduct in 1974 becomes vital to the appellant's continued

l'appelant aurait pu, après le mois d'août 1972, signer un contrat lui permettant de jouer pour n'importe quelle équipe de football. La question se ramène donc à la position des parties, en vertu de la clause 28, quant à la portée de la garantie. La cour résume ainsi leurs positions respectives:

[TRADUCTION] La défenderesse [l'intimée] fait cependant valoir qu'aussitôt après avoir signé le contrat avec le club de Portland, le demandeur n'était plus en mesure d'exécuter son contrat et que la signature de ce contrat équivalait à une répudiation de son contrat avec la défenderesse, la dégageant ainsi de son obligation de l'exécuter.

Cela semble quelque peu incompatible avec la déclaration précitée jointe au contrat de 1974 et également incompatible avec la position adoptée dans la plaidoirie susmentionnée.

L'appelant s'exprime de façon tout aussi ambivalente. Comme l'a dit le juge de première instance:

[TRADUCTION] Selon la thèse du demandeur [l'appellant], la définition du mot «garanti» contenue dans la clause 28 est à la fois claire et de portée générale, et la défenderesse [l'intimée] est tenue de payer le demandeur dans tous les cas, sauf ceux mentionnés dans l'annexe

Le juge de première instance a alors conclu que la clause 28 n'oblige pas l'intimée à payer l'appelant si celui-ci refuse délibérément de fournir ses services ou:

[TRADUCTION] . . . s'il a signé de plein gré un contrat par lequel il s'est engagé à fournir ses services à un autre club pendant la période où il aurait pu être tenu, en vertu du quatrième contrat, de les réserver au club de Toronto.

Mais cela ne suffit pas pour régler le conflit entre les clauses 10 et 28 du contrat. Si le contrat a vraiment été résilié en août 1972, de sorte que l'appelant se trouvait créancier d'une somme cristallisée, la conduite ultérieure de ce dernier ne change rien à l'obligation de l'intimée. Si, par contre, les événements d'août 1972 n'ont pas eu pour effet de mettre fin au contrat en vertu de la clause 10, alors l'intimée continue d'avoir un droit de regard sur les services de l'appelant et la conduite de celui-ci en 1974 revêt une importance

entitlement under paragraph 28.

The trial judge may have been responding to this problem when he stated:

In my opinion the defendant [respondent] was entitled to expect that the plaintiff's [appellant's] services would be available to it under the fourth contract as of June 1st, 1974, in consideration for its covenant to guarantee payment of his salary. If it did not choose to make use of his services for their own team during that year, it would have been entitled to have his services available so that the player could be traded. The plaintiff's own evidence was that at the time he entered into the contract with the Toronto Club it was on the understanding that he could be traded. I have indicated that in my view such evidence is inadmissible in this case. If I am wrong in that conclusion and such evidence is admissible, it supports the interpretation which I have placed on the contract. If the plaintiff was available for trade purposes, the defendant would no doubt have endeavoured to obtain some payment from the other club for the playing rights to the plaintiff's services or to have obtained the services of some other player in exchange for those of the plaintiff. In my opinion the defendant if it had traded the player to some other club in the Canadian Football League would have been entitled to set-off against its salary liability to the plaintiff the amount which the other club was prepared to pay to it or to the plaintiff for his services. The defendant was entitled to the exclusive use of the plaintiff's services for the 1974 season. Although it is not certain that it would have made use of such services or have been successful in trading him during the 1974 season, it was effectively deprived of the opportunity of endeavouring to do so.

There is no evidence of any effort by the respondent to trade the appellant. This expression is used by all participants in these proceedings and really relates to the right of the respondent under paragraph 14 of the contract to assign the contract. Following the League rules the respondent offered the appellant's contract to all members of the League in August 1972 but all members "waived" the opportunity to acquire the services of the appellant. Neither the previous coach nor the coach in 1973-74 wished to employ the services of the appellant. In January 1973 the Hamilton member of the League, in accordance with League rules, placed the appellant on its players negotiation list. In fact, neither Hamilton nor any other

capitale lorsqu'il s'agit de déterminer s'il continuait à bénéficier du droit que lui confère la clause 28.

Il se peut que le juge de première instance ait répondu à ce problème lorsqu'il a affirmé:

[TRADUCTION] A mon avis, la défenderesse [l'intimée] était en droit de s'attendre, en échange de son engagement à garantir le paiement du salaire du demandeur [l'appellant], à disposer des services de ce dernier à partir du 1^{er} juin 1974, conformément au quatrième contrat. Si la défenderesse avait choisi de ne pas recourir à ses services pour sa propre équipe au cours de l'année en question, elle aurait eu le droit de les retenir en vue d'un échange. Le demandeur a lui-même témoigné que, lorsqu'il a signé le contrat avec le club de Toronto, c'était à la condition de pouvoir être échangé. J'ai déjà souligné qu'à mon avis ce témoignage est irrecevable en l'espèce. A supposer que cette conclusion soit erronée et qu'il soit recevable, le témoignage en question appuie mon interprétation du contrat. Si le demandeur avait été disponible aux fins d'un échange, la défenderesse aurait sans doute essayé de se faire indemniser par l'autre club pour les droits aux services du demandeur en tant que joueur, ou d'obtenir les services d'un autre joueur en échange de ceux du demandeur. J'estime que si la défenderesse avait, par voie d'échange, cédé le joueur à un autre club de la Ligue canadienne de football, elle aurait pu compenser son obligation salariale envers le demandeur par le montant que l'autre club était prêt à lui payer ou à payer au demandeur pour les services de ce dernier. La défenderesse avait un droit exclusif aux services du demandeur pour la saison 1974. Même s'il n'est pas certain qu'elle aurait eu recours à ces services ou qu'elle aurait réussi à l'échanger au cours de la saison 1974, elle se trouvait effectivement privée de la possibilité de tenter de le faire.

Rien n'indique que l'intimée ait fait le moindre effort pour échanger l'appellant. Cette expression est utilisée par toutes les parties à ces procédures et elle se rapporte vraiment au droit de céder le contrat que possède l'intimée en vertu de la clause 14 de ce contrat. Conformément aux règles de la Ligue, l'intimée a offert le contrat de l'appellant à tous les membres de la Ligue en août 1972, mais ils ont tous «renoncé» à la possibilité d'acquérir les services de l'appellant. Ni l'entraîneur-chef en fonction en 1973 et 1974 ni son prédécesseur n'ont voulu retenir ses services. En janvier 1973, le club d'Hamilton membre de la Ligue, en conformité avec les règles de la Ligue, a inscrit l'appellant sur sa liste de négociation. En fait, ni le club d'Hamilton

member of the League negotiated with the appellant. On May 24, 1974 the Hamilton team removed the appellant from its negotiation list and on the same day the respondent added the appellant to its list. The trial judge observed:

I have no doubt however that the fact that the plaintiff's [appellant's] name was placed on the Toronto Club's list on May 24th, 1974 was precipitated by the plaintiff's letter of May 15th 1974. By that time Barrow knew that the plaintiff would not be available as a player because he had signed to play for the Portland Club. I also have no doubt that Hamilton readily transferred the plaintiff from their list as his departure for the World Football League would make it readily apparent to them that he would not soon be available as a player for them or indeed for any competing club. On the other hand it must have been readily apparent to Barrow that it might be of some importance to his Club at least to acquire the right to make use of the plaintiff's playing services, in the event, as appeared likely from the plaintiff's letter, that he were to insist on payment under his contract for the year 1974. Regardless of the motive however the Toronto Club by placing the plaintiff's name on its negotiation list on May 24th, 1974, became entitled to his playing services in the Canadian Football League during the 1974 season. It is true of course that at the time the plaintiff signed his contract with the Portland Club, they were not in a position to make use of his services.

The factual position of the respondent in 1974 therefore may indeed be accurately reflected in the document appended to the 1974 contract, *supra*, which shows a change of status in the appellant which is described as "terminated".

Reference has been made in the judgment below and in argument here to the doctrine of 'fundamental breach'. The execution of the Portland contract, removing as it did the capacity of the appellant to perform the contract with the respondent in 1974, was indeed fundamental to the purpose of that contract. It struck at the core of the purpose of the four year obligation to supply the appellant's services to the respondent. This is of importance, however, only if the contract was then still in existence. It begs the continuing and only question, namely the status of the contract

ton ni aucun autre membre de la Ligue n'a négocié avec l'appelant. Le 24 mai 1974, l'équipe d'Hamilton a radié l'appelant de sa liste de négociation et, à la même date, l'intimée l'a ajouté à sa propre liste. Le juge de première instance a fait remarquer:

[TRADUCTION] Je n'ai toutefois pas le moindre doute que c'est la lettre du demandeur [l'appelant], en date du 15 mai 1974, qui a hâté l'inscription du nom du demandeur sur la liste du club de Toronto le 24 mai 1974. Barrow savait, à cette époque, que le demandeur ne serait pas disponible comme joueur parce qu'il avait signé un contrat en vue de jouer pour le club de Portland. Je ne doute pas non plus que le club d'Hamilton ait promptement radié le demandeur de sa liste, puisqu'il lui était bien évident qu'à la suite de son départ pour la Ligue mondiale de football, le demandeur ne pourrait pas de sitôt jouer pour lui ni même pour un club rival. Par contre, Barrow a bien dû se rendre compte qu'il pourrait être important pour son club d'acquiescer au moins le droit de recourir aux services du demandeur en tant que joueur au cas où, comme il ressort vraisemblablement de sa lettre, le demandeur exigerait d'être payé conformément à son contrat pour l'année 1974. Toutefois, quel qu'ait pu être le motif qui l'a incité à inscrire le nom du demandeur sur sa liste de négociation le 24 mai 1974, le club de Toronto a, ce faisant, acquis le droit à ses services comme joueur dans la Ligue canadienne de football pendant la saison 1974. Bien sûr, il est vrai qu'au moment où le demandeur a signé son contrat avec le club de Portland, le club de Toronto n'était pas en mesure de recourir à ses services.

La situation factuelle de l'intimée en 1974 peut donc se refléter fidèlement dans le document précité annexé au contrat de 1974; ce document indique un changement de la situation de l'appelant dont il est dit que le contrat est «résilié».

La doctrine de la «violation fondamentale» a été mentionnée tant dans le jugement de la cour d'instance inférieure que dans les plaidoiries en cette Cour. La signature du contrat avec le club de Portland, en ce qu'elle a mis l'appelant dans l'impossibilité d'exécuter son contrat avec l'intimée en 1974, revêt en fait une importance fondamentale aux fins de ce contrat. Elle va directement à l'encontre de l'objet de l'obligation de l'appelant de fournir ses services à l'intimée pendant quatre ans. Mais cela n'est important que dans la mesure où le contrat subsistait à cette époque, et exige que l'on

and the position of the contracting parties thereunder in 1974. In any case, the doctrine of fundamental breach was developed by the courts to determine the efficacy of an exemption clause in a contract where there occurs a breach of that contract which strikes at the very heart and purpose of the bargain. This is not the case here and that principle has no application.

It may be that the constituents of a fundamental breach and an anticipatory breach are in law the same. But again, this begs the question as to whether in 1974 the contract still existed. If it did, obviously the appellant has committed an anticipatory breach going to the root of the contract and entitling the respondent to treat the contract as at an end and to sue for damages for the breach. This of course assumes the existence of the contract. The respondent's damages flowing directly from such a breach are, by its own documentary and oral evidence, nil.

If the contract was still alive in 1974 two other considerations arise. Is the respondent's insistence that the appellant continue to hold himself in readiness, at least to the extent that his services were utilized in 1973, for a call on his services by the respondent, in order to preserve his entitlement to the benefits of the guaranty justified? The respondent, be it noted, has not denied the appellant's right to play for others. Indeed, the respondent recognized he was free from 1972 onwards to do so as a free agent. The principle in *Lumley v. Wagner* [(1852), 1 De G.M. & G. 604], thus has no application here. Neither is there here present the element of restraint of trade. The restraint on the appellant, if there is one in the contract, would be unenforceable unless it were reasonable as between the team and the player and reasonable in the public interest as well. It can be said on the evidence here present that the respondent has no continuing 'interest' in the appellant's services. The only possible interest would be either a fear of competition against him in the C.F.L. which ended with the Portland contract, or a furtive hope of a beneficial trade or assignment of the appellant's

se pose l'unique et constante question de savoir quelle était la situation du contrat et des parties contractantes en 1974. Quoi qu'il en soit, les cours ont élaboré la doctrine de la violation fondamentale pour déterminer l'efficacité d'une clause d'exemption dans un contrat lorsque survient une violation qui va à l'encontre de l'essence et de l'objet mêmes de cette entente. Ce n'est pas le cas en l'espèce et ce principe ne s'applique donc pas.

Il se peut que les éléments constitutifs d'une violation fondamentale et d'une violation anticipée soient les mêmes du point de vue juridique. Mais là encore, cela exige que l'on se pose la question de savoir si, en 1974, le contrat subsistait. S'il subsistait, il est évident que l'appellant a commis une violation anticipée qui allait à l'encontre du principe du contrat et qui donnait à l'intimée le droit de considérer le contrat comme rompu et d'intenter une action en dommages-intérêts pour cette rupture. Cela présuppose l'existence du contrat. D'après la preuve écrite et orale de l'intimée, une telle violation ne lui cause directement aucun préjudice.

En supposant que le contrat était encore valide en 1974, deux autres facteurs surgissent. L'intimée était-elle justifiée d'exiger que l'appellant se tienne prêt à fournir, sur demande, au moins des services semblables à ceux fournis en 1973, pour que celui-ci conserve son droit de se prévaloir de la garantie? On doit souligner que l'intimée n'a pas nié le droit de l'appellant de jouer pour d'autres équipes. En fait, elle a reconnu qu'à partir de 1972, l'appellant était libre de le faire en sa qualité d'agent libre. Le principe de l'arrêt *Lumley v. Wagner* [(1852), 1 De G.M. & G. 604] ne s'applique donc pas en l'espèce. Il n'existe également en l'espèce aucune clause de non-concurrence. Si le contrat imposait une restriction à l'appellant, cette restriction ne serait exécutoire qu'à la condition d'être raisonnable tant du point de vue de l'équipe et du joueur que de celui de l'intérêt public. D'après la preuve présentée en l'espèce, on peut affirmer que l'intimée n'a aucun «droit» permanent aux services de l'appellant. Le seul droit qu'il pourrait y avoir résulterait de la crainte de subir une concurrence dans la L.C.F., qui s'est dissipée avec la signature du contrat avec Portland, ou d'un

contract. The player had been waived out of the League two years earlier, had not played football since that time, and was on no one's negotiating list except Hamilton's which had not negotiated with him, and indeed had ultimately removed him from its list without any apparent receipt of benefit from the respondent. Moreover the respondent sought not to restrain the appellant's freedom to play but merely a release from the guaranty if he did play for another team. The doctrine of restraint of trade thus has no application here.

It may be said that the appellant was under a duty to mitigate so that he could not merely sit out the balance of the four year period in idleness and receive the benefits of the guaranty. The appellant, as the trial judge has said, is not in strict law claiming damages, but rather performance of a contract obligation or the payment of a debt which arose on the termination of the contract and under its terms. There may nonetheless be a public policy against the enforcement of such a clause in any manner so as either to encourage idleness, or to fail to enforce such a clause against the guarantor because the guarantee did not remain idle. It may be in the circumstances of this contract that the appellant, faced with the respondent's actions in 1972 and 1973, is required only to act in a reasonable way. See *Compania Naviera Marapon S/A v. Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1955] 2 Q.B. 68. The respondent can, on this view of the termination clause, claim the benefit of any action of the appellant which results in a diminution of the appellant's loss, for example, the \$20,000 received from the Portland organization, and the respondent may be entitled to this though no duty arises in the appellant to take such action. See *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673 at p. 690. Conversely, on the sale of goods at least, where a vendor accepts the purchaser's conduct as anticipatory repudiation, the vendor is under a duty to take reasonable steps to mitigate his loss. Here the appellant responded ambiguous-

espoir secret de tirer profit d'un échange de l'appellant ou de la cession de son contrat. Deux ans auparavant le joueur avait été offert au repêchage et aucune équipe de la Ligue ne l'avait repêché; depuis lors, il n'avait pas joué au football et n'était inscrit sur aucune liste de négociation, si ce n'est celle du club d'Hamilton qui n'avait pas négocié avec lui et qui, en fin de compte, l'avait radié de sa liste sans apparemment avoir reçu de compensation de l'intimée. De plus, cette dernière a cherché non pas à entraver la liberté de jouer de l'appellant, mais simplement à être déchargée de la garantie s'il jouait pour une autre équipe. La doctrine de la non-concurrence ne s'applique donc pas en l'espèce.

On peut dire qu'il incombait à l'appellant de réduire ses pertes, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas se contenter de demeurer inactif pendant le reste de la période de quatre ans et profiter de la garantie. L'appellant, comme l'a dit le juge de première instance, ne réclame pas des dommages-intérêts au sens juridique strict; il exige plutôt l'exécution d'une obligation contractuelle ou le paiement d'une dette issue, aux termes du contrat, de la résiliation de ce contrat. Il se peut néanmoins qu'il y ait un principe général selon lequel une telle clause ne doit pas servir à encourager l'inactivité, ni à exempter le garant de s'exécuter pour le motif que le bénéficiaire de la garantie n'est pas demeuré inactif. Il se peut, en fonction de ce contrat, que l'appellant, vu les mesures prises par l'intimée en 1972 et en 1973, ne soit tenu que d'agir raisonnablement. Voir *Compania Naviera Marapon S/A v. Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1955] 2 Q.B. 68. Suivant cette interprétation de la clause de résiliation, l'intimée peut demander à bénéficier de tout acte de l'appellant qui entraîne une diminution de la perte subie par ce dernier, comme c'est le cas des \$20,000 reçus de l'organisation de Portland, et elle peut avoir le droit d'en bénéficier même si l'appellant n'est pas tenu d'agir ainsi. Voir *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673, à la p. 690. Inversement, du moins dans le domaine de la vente de marchandises, lorsqu'il reconnaît que la conduite de l'acheteur constitue une répudiation anticipée, le vendeur est tenu de

ly. He continued through 1972 and 1973 to hold himself available and indeed performed administrative and coaching duties occasionally, thus appearing to treat the contract as continuing. On the other hand the appellant contracted to play elsewhere without seeking the consent of the respondent as he claimed the contract had been terminated. By analogy to the rules on breach, if the appellant has not accepted the contract as being terminated under para. 10 in 1972 but treats it as continuing, there is no repudiation, no right to damages, and of course no duty to mitigate. See *Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1038. The learned author of *McGregor on Damages*, 14th ed., discusses the duty to mitigate with reference to a contract for the delivery of services but where a wrongful refusal of acceptance occurs (which is not the case here) in the following way:

... in contracts involving the rendering of services and the non-acceptance of these services as the breach, although it is clear that the plaintiff must try to sell his services elsewhere, this mitigating step may not yet have become finally incorporated into the normal measure of damages. This is so both in contracts of hiring and in contracts of carriage [para. 223].

By analogy it may be argued that the same standard should apply where the services have been rightfully declined and not wrongfully rejected. Certainly the law should not, in my view, coerce a contracting party to do more than he is bound by contract to do, but it goes much further to say that the law requires idleness if the benefits of a guaranty are not to be jeopardized. It might be otherwise where the services are legitimately sought to be maintained on a stand-by basis for a fee and in circumstances which clearly show that to be the mutual understanding of the parties to the arrangement. This is not our case.

Of course if the appellant's claim is in law for a debt due under a contract resulting from the appellant's performance of that contract and not a

prendre des mesures raisonnables en vue de réduire ses pertes. Ici, l'appelant a donné une réponse ambiguë. Au cours des années 1972 et 1973, il est demeuré disponible et, en fait, il a rempli à l'occasion des fonctions d'administrateur et d'entraîneur; il semblait ainsi considérer que le contrat subsistait. Par contre, l'appelant a signé un contrat en vue de jouer ailleurs, sans demander le consentement de l'intimée, car, selon lui, le contrat avait été résilié. Par analogie avec les règles en matière d'inexécution, on peut conclure que si l'appelant n'a pas reconnu qu'en 1972 il y a eu résiliation du contrat en vertu de la clause 10, mais considère qu'il subsiste, il n'y a aucune répudiation, aucun droit à des dommages-intérêts et, bien entendu, aucune obligation de réduire les pertes. Voir *Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1038. Le savant auteur de *McGregor on Damages*, 14^e éd., parle ainsi de l'obligation de réduire les pertes dans le cas d'un contrat de prestation de services et d'un refus injustifié d'accepter ces services (ce qui n'est pas le cas en l'espèce):

[TRADUCTION] ... dans les contrats qui portent sur la prestation de services et où l'inexécution est la non-acceptation de ces services, bien qu'il soit évident que le demandeur doit essayer de vendre ses services ailleurs, il est possible que cette mesure visant à réduire les pertes ne soit pas encore intégrée de façon définitive dans l'évaluation ordinaire des dommages-intérêts. Cela vaut autant pour les contrats d'embauchage que pour les contrats de transport [par. 223].

Par analogie, on peut prétendre que la même norme devrait s'appliquer lorsque le refus d'accepter les services est justifié. Certes, la loi ne devrait pas, à mon avis, contraindre une partie contractante à faire plus que ce à quoi elle est tenue en vertu du contrat, mais c'est aller beaucoup plus loin que de dire que la loi prescrit l'inactivité afin de bénéficier d'une garantie. Il pourrait en être autrement si l'on cherchait légitimement à conserver l'accès aux services en cas de besoin, moyennant rémunération et dans des circonstances qui indiquent clairement que c'est là l'intention des parties à l'entente. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Bien sûr, si la réclamation de l'appelant vise, du point de vue juridique, le paiement d'une dette qui est due en vertu d'un contrat et qui résulte de

claim in damages for breach of contract, the rules of mitigation are not applicable. *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413; *McGregor on Damages*, 14th ed., para. 221.

If the appellant, faced with an offer from the Portland organization, had declined to take the rigours of that employment or the risk of injury, could the respondent have refused to pay on the guaranty, or at least to reduce the amount of the guaranty to reflect the potential receipts from the Portland organization? This brings into focus the need to determine in the disposition of this appeal the nature of the contract and the rights and obligations of the parties thereunder, the consequences in law of the actions of the respondent, and the classification in law of the claims now made by the appellant. In all this discussion it must be remembered that no one asserts a breach of contract in 1972. The appellant simply asserts that the contract was terminated and presumably now seeks to collect a debt arising under its terms at the time of termination. The respondent says it simply exercised its right to dispense with the appellant's services and continued to perform the contract, including the guaranty, until the appellant breached the contract in March 1974.

There is, in short, an air of unreality to the respondent's position, at least by the year 1974. There is nothing in the record to indicate any request by the respondent to the appellant to hold himself in readiness and nothing in para. 10 can be stretched into what might be called a stand-by provision after the services of the player have been dispensed with. There is nothing about para. 28 or the law surrounding it in my view which justifies an all or nothing stance on the part of the guarantor. That stance is predicated by an insistence by the guarantor on a state of idleness by the guaranteee in order to maintain the status of the guaranty. Such a right has as its necessary concomitant a freezing of a wasting asset, that is the short-lived athletic talent which is the *res* of this contract. It

l'exécution de ce contrat par l'appellant, et non pas le paiement de dommages-intérêts pour violation de contrat, les règles en matière de réduction des pertes ne s'appliquent pas. *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413; *McGregor on Damages*, 14^e éd., par. 221.

Si l'appellant, en présence d'une offre de l'organisation de Portland, avait refusé d'assumer les rigueurs de cet emploi ou les risques de blessures, l'intimée aurait-elle pu refuser de le payer en exécution de la garantie, ou tout au moins réduire le montant de la garantie en fonction du revenu qui aurait pu provenir de l'organisation de Portland? Cette question fait ressortir la nécessité de déterminer, aux fins du présent pourvoi, la nature du contrat ainsi que les droits et obligations des parties contractantes, les conséquences juridiques des mesures prises par l'intimée et la classification juridique des réclamations que fait maintenant l'appellant. Dans toute cette discussion, il faut se rappeler que personne ne soutient qu'il y a eu violation de contrat en 1972. L'appellant affirme simplement qu'il y a eu résiliation du contrat et il y a lieu de croire qu'il cherche maintenant à obtenir le paiement d'une dette qui, aux termes de ce contrat, est issue de la résiliation. L'intimée affirme qu'elle a exercé simplement son droit de remercier l'appellant de ses services et qu'elle a continué d'exécuter le contrat, y compris la garantie, jusqu'à la rupture du contrat par l'appellant en mars 1974.

Bref, la position de l'intimée manque de réalisme, du moins en ce qui concerne l'année 1974. Rien au dossier n'indique que l'intimée a demandé à l'appellant de se tenir disponible et rien à la clause 10 ne peut être interprété de manière à constituer ce qu'on pourrait appeler une clause de disponibilité applicable après avoir remercié le joueur de ses services. A mon avis, il n'y a rien non plus dans la clause 28 ou dans le droit y afférent qui justifie la position de la garante voulant que ce soit tout ou rien. Cette prise de position traduit l'insistance de la garante sur la nécessité que le bénéficiaire de la garantie soit inactif pour que cette garantie demeure applicable. Un tel droit comporte nécessairement le gel d'un actif passager, c'est-à-dire le talent éphémère d'un athlète,

would be a much better principle of law if the guarantor were to be accorded the benefit of the proceeds from the efforts of the guarantee either under the principles of mitigation or as the offset to a reward for idleness. In the result the guarantee would have the benefit of the gainful use of his wasting talent, the community would enjoy the benefit of the appellant's skills, and the respondent the relief from the full burden of the guaranty.

It should be observed that in the event the essence of the action is a recovery of debt without any burden on the part of the claimant to mitigate, the Court is not required to decide on these facts what effect, if any, there would be upon the guarantor of a refusal by the appellant either to resume playing for the respondent on request or to accept an offer from another team during the four year period.

It is also clear that paras. 12 and 13 of the contract must in any case be limited, whatever may be the life of the contract, to that period wherein the respondent wishes to avail itself of the services of the appellant. Indeed the respondent has accepted this proposition throughout these proceedings. Consequently, whether or not the contract remained in existence, the attainment of "free agent status" effectively ended the operation of the prohibition in paras. 12 and 13. Furthermore, by 1974 at least, the respondent cannot be heard to claim damages in the event the appellant exercises his football talents for others as on the documentary and testimonial evidence the respondent had placed no value on those services by 1974.

In all these circumstances the Court is presented with two alternatives. Either the contract has been terminated by the conduct of the parties or the contract remains in effect with some provisions modified by reason of the conduct of the parties.

In the event the contract has not been terminated, the services of the appellant of course remain available to the respondent. The wording of para. 28 whereby the payments stipulated in the contract are guaranteed "under all circumstances" is clear and includes even the circumstance of a

qui est l'objet du présent contrat. Ce serait un principe de droit bien supérieur si la garante pouvait bénéficier des fruits des efforts du bénéficiaire de la garantie, soit en vertu du principe de la réduction des pertes, soit par la réduction du montant de la récompense pour l'inactivité. En définitive, le bénéficiaire de la garantie pourrait mettre à profit son talent passager, la collectivité bénéficierait de sa compétence et l'intimée n'aurait plus à assumer le fardeau complet de la garantie.

Il y a lieu de remarquer que dans le cas où l'action vise essentiellement le paiement d'une dette sans que le réclamant soit obligé de réduire ses pertes, la Cour n'est pas tenue alors de déterminer quel serait l'incidence, s'il en est une, sur la garante du refus de l'appellant soit de recommencer à jouer sur demande pour l'intimée, soit d'accepter une offre d'une autre équipe pendant la période de quatre ans.

Il est également évident que les clauses 12 et 13 du contrat doivent en tout état de cause se limiter, quelle que soit la durée du contrat, à la période pendant laquelle l'intimée souhaite profiter des services de l'appellant. L'intimée a d'ailleurs souscrit à cette thèse tout au long de ces procédures. Par conséquent, peu importe si le contrat subsistait, l'acquisition du «statut d'agent libre» a effectivement mis fin à l'application de l'interdiction prescrite aux clauses 12 et 13. En outre, dès 1974 au moins, l'intimée ne pouvait plus réclamer des dommages-intérêts si l'appellant exerçait ses talents de footballeur pour d'autres équipes, étant donné que la preuve, tant écrite qu'orale, révèle que dès 1974 l'intimée n'attachait plus aucune valeur aux services de l'appellant.

Vu toutes ces circonstances, la Cour se trouve en face de deux possibilités: soit que la conduite des parties a mis fin au contrat, soit que le contrat demeure en vigueur avec certaines dispositions modifiées en raison de la conduite des parties.

Si le contrat n'est pas résilié, l'intimée continue bien entendu d'avoir droit aux services de l'appellant. La formulation de la clause 28 qui stipule que les paiements prévus par le contrat sont garantis dans «tous les cas», est claire et comprend même le cas d'une rupture de contrat par l'appellant et, tout

breach of contract by the appellant and at least the circumstances where the appellant has tendered his services and they have been refused by the respondent. Though the contract is in existence on this theory, given the circumstances as they existed at least by 1974, a breach in the form of the execution of the Portland contract would give rise to no damages in the respondent, either for the loss of his services or for the alleged loss of the opportunity to trade the appellant. Furthermore the appellant agrees that the contract does not entitle realization on the full guaranty, presumably because receipt of the proceeds from a breach of the contract without offset in the guaranty would render the guaranty unenforceable. In the result, if the contract has not been terminated, the appellant would, on this line of reasoning, be entitled to the face value of the guaranty less receipts from the Portland organization.

The second alternative proceeds on the assumption that there was a termination of the contract as authorized by para. 10 in August 1972 by the respondent and that such termination has been accepted as such by the appellant. Paragraph 10 is very clear: "the Club [the respondent] shall have the right to terminate this contract upon notice to the player." Paragraph 11 states: "Upon termination of this contract during the football season ...". Following its action under para. 10 the respondent removed the appellant from the team roster and offered the appellant to other members of the League. Throughout the ensuing two years the respondent continues to regard the contract for services as terminated. Another member of the League has claimed the negotiation rights to the appellant. The respondent in 1974 reclaims these negotiation rights. This conduct is utterly inconsistent with the position now asserted by the respondent that the contract remains in effect. If there were a contract in existence it is difficult to see what negotiation rights the respondent wished to acquire. The appellant had not played for two years. He was only on the negotiation list of the respondent. No team had ever negotiated with him and he had been waived through the League according to the League rules two years earlier. The claim in debt survives in any case because it arose under a term of the terminated contract by

au moins, celui où l'intimée refuse les services que lui a offerts l'appelant. Même si, suivant cette théorie, le contrat subsiste, vu les circonstances qui existaient dès 1974 au moins, une rupture sous la forme de la signature du contrat avec Portland ne donnerait à l'intimée aucun droit à des dommages-intérêts ni pour la perte des services de l'appelant ni pour la prétendue perte de la possibilité de l'échanger. L'appelant reconnaît en outre que le contrat ne confère pas le droit de profiter de toute la garantie, probablement parce que la réception du produit d'une rupture du contrat, sans compensation sur le plan de la garantie, rendrait non exécutoire la garantie. En définitive, si le contrat n'était pas résilié, l'appelant, suivant ce raisonnement, aurait droit à la valeur nominale de la garantie moins le montant des recettes provenant de l'organisation de Portland.

La seconde possibilité a pour prémisse que l'intimée a, conformément à la clause 10, résilié le contrat en août 1972 et que cette résiliation a été acceptée comme telle par l'appelant. La clause 10 est très claire: «le Club [l'intimée] a le droit de résilier le présent contrat après en avoir avisé le joueur.» La clause 11 stipule: «Si le présent contrat est résilié au cours de la saison de football ...». A la suite de la mesure prise conformément à la clause 10, l'intimée a radié l'appelant de la liste des joueurs actifs de l'équipe et l'a offert à d'autres membres de la Ligue. Au cours des deux années qui ont suivi, l'intimée a continué de considérer le contrat de travail comme résilié. Un autre membre de la Ligue avait réclamé les droits de négociation relatifs à l'appelant. En 1974, l'intimée a elle-même récupéré ces droits de négociation. Cette conduite est tout à fait incompatible avec la position défendue maintenant par l'intimée, savoir que le contrat demeure valide. S'il y avait effectivement un contrat, on voit mal de quels droits de négociation l'intimée a voulu se porter acquéreur. L'appelant n'avait pas joué depuis deux ans. Il n'était inscrit que sur la liste de négociation de l'intimée. Aucune équipe n'avait jamais négocié avec lui et, deux années auparavant, aucune équipe de la Ligue n'avait voulu le repêcher conformément aux règles de la Ligue. La demande de paiement d'une dette subsiste de toute façon parce

reason of the performance of the contract up to the date of termination by the appellant. The appellant's action may therefore be characterized in law as either an action in debt or an action to enforce a term of the contract. In my view, the former alternative is the correct characterization. On the theory of termination, the appellant became entitled to play for any team after August 1972. The respondent has acknowledged this throughout these proceedings and hence the contract must have ended at that time, otherwise the restrictions of paras. 12 and 13 would prohibit such action by the appellant. The appellant agrees that, in any event, be the contract terminated or not, what might be called double recovery is not permissible, presumably because the policy, which forbids a requirement of idleness to protect the status of the guaranty, must at the same time forbid a claim upon the guarantor for so much of the guaranty as has been received from other sources.

In my view the second alternative is the correct one in law. The appellant is therefore entitled to the net recovery of \$35,064.12. For these reasons I would allow the appeal and order that judgment be entered in favour of the appellant in the amount of \$35,064.12 together with costs throughout.

The judgment of Dickson, Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my brother Estey. They set out fully the facts in the case; include particulars of the series of contracts involved; describe the issues involved and the positions adopted by the appellant and respondent. I regret that I am unable to agree with these reasons.

In my opinion, the trial judge dealt correctly with this matter by dismissing the plaintiff's action and in holding that while the respondent was obligated to pay the salary provided for in the contract for the full term; this obligation depended upon the plaintiff's being available and willing to provide the services mentioned in the contract

qu'elle procède d'une clause du contrat résilié, en raison de l'exécution du contrat par l'appellant jusqu'à la date de résiliation. Donc, du point de vue juridique, l'action de l'appellant peut être définie soit comme une action en paiement d'une dette, soit comme une action en exécution d'une clause du contrat. A mon avis, c'est la première définition qui est exacte. Suivant la théorie de la résiliation, l'appellant a acquis, après août 1972, le droit de jouer pour n'importe quelle équipe. L'intimée a reconnu cela tout au long de ces procédures et il s'ensuit que le contrat a dû prendre fin à ce moment-là, sinon les restrictions contenues dans les clauses 12 et 13 interdiraient une telle action de la part de l'appellant. L'appellant reconnaît qu'en tout état de cause, que le contrat soit résilié ou non, il ne lui est pas permis de bénéficier de ce qu'on pourrait appeler une double indemnisation, probablement parce que le principe général qui interdit de prescrire l'inactivité pour que la garantie demeure applicable, doit également interdire de réclamer du garant, au titre de la garantie, l'équivalent de ce qui a été tiré d'autres sources.

A mon avis, c'est la seconde possibilité qui, du point de vue juridique, est la bonne. L'appellant a donc droit au montant net de \$35,064.12. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner que le jugement soit inscrit en faveur de l'appellant pour le montant de \$35,064.12 avec dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Estey. Ils comportent un énoncé complet des faits, un exposé détaillé de la série de contrats en cause et une description des questions litigieuses et des positions adoptées par l'appellant et l'intimée. Avec regrets, je ne puis souscrire à ces motifs.

A mon avis, c'est à bon droit que le juge de première instance a rejeté l'action du demandeur et qu'il a conclu que même si l'intimée était tenue de verser le salaire prévu au contrat pendant toute la durée de celui-ci, cette obligation était assujettie à la condition que, pendant la saison 1974, le demandeur soit disponible et disposé à rendre les

during the season of 1974. The appellant, by entering into a contract with the Portland football team and playing for that team, effectively breached the contractual arrangement he had with the respondent, and freed the respondent of any further obligation to pay salary under the contract. I observe that the Court of Appeal, while expressing reservation regarding the trial judge's application of the *ejusdem generis* rule, which reservation I share, reached the same conclusion. For the reasons given by the trial judge and the Court of Appeal, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and ESTEY J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Gerald Sternberg, Toronto.

Solicitors for the respondent: Campbell, Godfrey, Lewtas, Toronto.

services mentionnés au contrat. L'appelant, en signant un contrat avec l'équipe de football de Portland et en jouant pour cette équipe, a effectivement rompu son contrat avec l'intimée, dégageant ainsi cette dernière de toute obligation de verser le salaire qui y était prévu. Je constate que la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion, tout en exprimant des réserves quant à l'application par le juge de première instance de la règle *ejusdem generis*, réserves que je partage. Pour les motifs donnés par le juge de première instance et la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge ESTEY sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Gerald Sternberg, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Campbell, Godfrey, Lewtas, Toronto.