

Leonard v. Pepsico, Inc., 88 F. Supp. 2d 116 (S.D.N.Y. 1999)

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York - 88 F. Supp. 2d 116 (S.D.N.Y. 1999)

5 de agosto de 1999

88 F. Supp. 2d 116 (1999)

John D.R. LEONARD, Demandante, v. PEPSICO, INC., Demandado.

Nos. 96 Civ. 5320(KMW), 96 Civ. 9069(KMW).

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, S.D. Nueva York.

5 de agosto de 1999.

*117 OPINIÓN Y PEDIDO

KIMBA M. WOOD, Juez de Distrito.

El demandante presentó esta acción buscando, entre otras cosas, el cumplimiento específico*118de una supuesta oferta de un Harrier Jet, presentada en un anuncio de televisión para la promoción "Pepsi Stuff" del demandado. El demandado ha solicitado un juicio sumario de conformidad con la Regla Federal de Procedimiento Civil 56. Por las razones expuestas a continuación, se concede la moción del acusado.

I. Antecedentes

Este caso surge de una campaña promocional llevada a cabo por el demandado, el productor y distribuidor de los refrescos Pepsi y Diet Pepsi. (Ver la Declaración de la Regla 56.1 de PepsiCo Inc. ("Def. Stat.") ¶ 2.)[1]La promoción, titulada "Pepsi Stuff", alentó a los consumidores a recolectar "Pepsi Points" de paquetes especialmente marcados de Pepsi o Diet Pepsi y canjear estos puntos por mercancía con el logotipo de Pepsi. (Ver id. ¶¶ 4, 8.) Antes de introducir la promoción a nivel nacional, el demandado realizó una prueba de la promoción en el noroeste del Pacífico

desde octubre de 1995 hasta marzo de 1996. (Ver id. ¶¶ 5-6.) Se distribuyó un catálogo de Pepsi Stuff a los consumidores en el mercado de prueba, incluido el estado de Washington. (Ver id. ¶ 7.) El demandante es residente de Seattle, Washington. (Ver id. ¶ 3.) Mientras vivía en Seattle, el demandante vio el comercial de Pepsi Stuff (ver id. ¶ 22) que, según él, constituyó una oferta de un Harrier Jet.

A. La supuesta oferta

Dado que si el comercial de televisión constituyó una oferta es la cuestión central en este caso, el Tribunal describirá el comercial en detalle. El comercial comienza en una mañana idílica y suburbana, donde el canto de los pájaros en los árboles moteados por el sol da la bienvenida a un repartidor de periódicos en su ruta matutina. A medida que el periódico llega a la escalinata de una casa convencional de dos pisos, el tatuaje de un tambor militar introduce el subtítulo, "LUNES 7:58 AM". Las conmovedoras tensiones de un aire marcial marcan la apariencia de un adolescente bien peinado que se prepara para irse a la escuela, vestido con una camisa estampada con el logotipo de Pepsi, una pelota roja, blanca y azul. Mientras el adolescente se acicala con confianza, el redoble de tambores militar vuelve a sonar cuando el subtítulo "T-SHIRT 75 PEPSI POINTS" se desplaza por la pantalla. Saliendo de su habitación, el adolescente camina por el pasillo con una chaqueta de cuero. El redoble de tambores suena de nuevo, cuando aparece el subtítulo "LEATHER JACKET 1450 PEPSI POINTS". El adolescente abre la puerta de su casa y, sin inmutarse por el resplandor del sol de la mañana, se pone un par de gafas de sol. El redoble de tambores acompaña al subtítulo "SHADES 175 PEPSI POINTS". Una voz en off luego entona: "Presentamos el nuevo catálogo de Pepsi Stuff", mientras la cámara enfoca la portada del catálogo. (Véase la Regla Local 56.1 Stat., Exh. A (el "Catálogo").)[2]

La escena luego cambia a tres niños sentados frente a un edificio de la escuela secundaria. El chico en el medio está concentrado en su Pepsi Stuff Catalog, mientras que los chicos de cada lado están bebiendo Pepsi. Los tres muchachos miran con asombro un objeto que se precipita por encima, mientras la marcha militar se acerca a un crescendo. El Harrier Jet aún no es visible, pero el observador siente la presencia de un poderoso avión

mientras los vientos extremos generados por su vuelo crean una vorágine de papel en un aula dedicada a una lección de física aburrida.

Finalmente,*119el Harrier Jet se balancea a la vista y aterriza al lado del edificio de la escuela, junto a un portabicicletas. Varios estudiantes corren para cubrirse, y la velocidad del viento tira a un desventurado miembro de la facultad hasta su ropa interior. Mientras el miembro de la facultad está siendo privado de su dignidad, la voz en off anuncia: "Ahora cuanto más Pepsi bebas, más cosas geniales vas a obtener".

El adolescente abre la cabina del caza y se le puede ver, sin casco, sosteniendo una Pepsi. "[L]ooking muy satisfecho consigo mismo" (Pl. Mem. en 3,) el adolescente exclama, "Seguro que vence al autobús", y se ríe. El redoble de tambores militar suena por última vez, cuando aparecen las siguientes palabras: "HARRIER FIGHTER 7,000,000 PEPSI POINTS". Unos segundos más tarde, aparece lo siguiente en un guión más estilizado: "Drink Pepsi Get Stuff". Con ese mensaje, la música y el comercial terminan con un florecimiento triunfal.

Inspirado por este comercial, el demandante se propuso obtener un Harrier Jet. El demandante explica que es "típico de la 'Generación Pepsi' ... es joven, tiene un espíritu aventurero, y la idea de obtener un Harrier Jet le atrae enormemente". (Pl. Mem. en 3.) El demandante consultó el Pepsi Stuff Catalog. El catálogo presenta a jóvenes vestidos con atuendos de Pepsi Stuff o disfrutando de accesorios de Pepsi Stuff, como "Blue Shades" ("Como si necesitaras otra razón para esperar los días soleados"), "Pepsi Tees" ("Live in 'em. Ríete en ellos. Get in 'em."), "Bag of Balls" ("Three balls. Una bolsa. No hay reglas."), y "Pepsi Phone Card" ("¡Llama a tu mamá!"). El Catálogo especifica la cantidad de Pepsi Points necesarios para obtener mercancía promocional. (Consulte Catálogo, en las páginas desplegadas posteriores). El Catálogo incluye un Formulario de Pedido que enumera, por un lado, cincuenta y tres artículos de mercancía de Pepsi Stuff canjeables por Pepsi Points (ver id. (el "Formulario de pedido")). Visiblemente ausente del Formulario de Pedido es cualquier entrada o descripción de un Harrier Jet. (Ver id.) La cantidad de Pepsi Points requerida para obtener la mercancía listada varía de 15 (para un "Tatuaje de chaqueta" ("Coserlos en su chaqueta, no en su brazo.")) a 3300 (para una "Fila Mountain Bike" ("Rugged. Todo terreno. Exclusivamente para Pepsi.")). Cabe señalar que el demandante se opone a la implicación de que

debido a que un artículo no se mostró en el Catálogo, no estaba disponible. (Ver Pl. Stat. ¶¶ 23-26, 29.)

Las páginas desplegadas traseras del Catálogo contienen instrucciones para canjear Pepsi Points por mercancía. (Consulte Catálogo, en las páginas desplegadas posteriores). Estas instrucciones señalan que la mercancía se puede pedir "sólo" con el Formulario de pedido original. (Ver id.) El Catálogo señala que en el caso de que un consumidor carezca de suficientes Pepsi Points para obtener un artículo deseado, se pueden comprar Pepsi Points adicionales por diez centavos cada uno; sin embargo, al menos quince Pepsi Points originales deben acompañar a cada pedido. (Ver id.)

Aunque el demandante inicialmente se propuso recolectar 7,000,000 de Pepsi Points consumiendo productos de Pepsi, pronto le quedó claro que "no podría comprar (y mucho menos beber) suficiente Pepsi para recolectar los Pepsi Points necesarios lo suficientemente rápido". (Declaración jurada de John D.R. Leonard, 30 de marzo de 1999 ("Leonard Aff."), ¶ 5.) Al reevaluar su estrategia, el demandante "se centró por primera vez en los materiales de empaque en la promoción Pepsi Stuff" (id.,) y se dio cuenta de que comprar Pepsi Points sería una opción más prometedora. (Ver id.) A través de conocidos, el demandante finalmente recaudó alrededor de \$ 700,000. (Ver id. ¶ 6.)

B. Esfuerzos del demandante para redimir la supuesta oferta

En o alrededor del 27 de marzo de 1996, el demandante presentó un Formulario de Pedido, quince Pepsi Points originales y un cheque por \$700,008.50. (Ver Def. Stat. ¶ 36.) El demandante parece haber sido representado por un abogado en el momento en que envió su cheque por correo; El cheque se libra en una cuenta del primer grupo de abogados del demandante. (Véase la notificación de moción del demandado, Exh. B (primero).) En la parte inferior del Formulario de pedido, el demandante escribió "1 Harrier Jet" en la columna "Artículo" y "7,000,000" en la columna "Total de puntos". (Ver id.) En una carta que acompaña su presentación,*120 el demandante declaró que el cheque era para comprar Pepsi Points adicionales "expresamente para obtener un nuevo jet Harrier

como se anuncia en su comercial de Pepsi Stuff". (Véase Declaración de David Wynn, 18 de marzo de 1999 ("Wynn Dec."), Exh. A.)

En o alrededor del 7 de mayo de 1996, la casa de cumplimiento del demandado rechazó la presentación del demandante y devolvió el cheque, explicando que:

El artículo que has solicitado no forma parte de la colección Pepsi Stuff. No está incluido en el catálogo ni en el formulario de pedido, y solo se puede canjear la mercancía del catálogo bajo este programa.

El jet Harrier en el comercial de Pepsi es fantasioso y simplemente se incluye para crear un anuncio humorístico y entretenido. Nos disculpamos por cualquier malentendido o confusión que pueda haber experimentado y adjuntamos algunos cupones de productos gratuitos para su uso.

(Wynn Aff. Exh. B (segundo).) El abogado anterior del demandante respondió alrededor del 14 de mayo de 1996, de la siguiente manera:

Su carta del 7 de mayo de 1996 es totalmente inaceptable. Hemos revisado la cinta de video del comercial de Pepsi Stuff ... y claramente ofrece el nuevo jet Harrier por 7,000,000 Pepsi Points. Nuestro cliente siguió sus reglas explícitamente....

Esta es una demanda formal de que honre su compromiso y haga arreglos inmediatos para transferir el nuevo avión Harrier a nuestro cliente. Si no recibimos instrucciones de transferencia dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la fecha de esta carta, no nos dejará más remedio que presentar una acción apropiada contra Pepsi....

(Wynn Aff., Exh. C.) Aparentemente, esta carta fue enviada a la compañía de publicidad responsable del comercial real, BBDO New York ("BBDO").

En una carta fechada el 30 de mayo de 1996, el vicepresidente de BBDO, Raymond E. McGovern, Jr., explicó al demandante que:

Me resulta difícil creer que usted es de la opinión de que el comercial de Pepsi Stuff ("Comercial") realmente ofrece un nuevo Harrier Jet. El uso del Jet era claramente una broma que estaba destinada a hacer el comercial más humorístico y entretenido. En mi opinión, ninguna persona razonable estaría de acuerdo con su análisis del Comercial.

(Wynn Aff. Exh. A.) En o alrededor del 17 de junio de 1996, el demandante envió una carta de demanda similar al demandado. (Ver Wynn Aff., Exh. D.)

El litigio de este caso inicialmente involucró dos demandas, la primera una acción de sentencia declaratoria presentada por PepsiCo en este distrito (la "acción de sentencia declaratoria"), y la segunda una acción presentada por Leonard en el tribunal estatal de Florida (la "acción de Florida").^[3] PepsiCo presentó una demanda en este Tribunal el 18 de julio de 1996, solicitando una sentencia declaratoria que declarara que no tenía obligación de proporcionar al demandante un Harrier Jet. Ese caso fue presentado bajo el número de expediente 96 Civ. 5320. En respuesta a la demanda de PepsiCo en Nueva York, Leonard presentó una demanda en el tribunal estatal de Florida el 6 de agosto de 1996, aunque este caso no tenía nada que ver con Florida.^[4] Esa demanda fue trasladada al Distrito Sur de Florida en septiembre de 1996. En una orden fechada el 6 de noviembre de 1996, el juez de distrito de los Estados Unidos James Lawrence King determinó que "obviamente este caso se ha presentado en una forma que no tiene una relación significativa con la controversia y justifica una transferencia de conformidad con 28 U.S.C. § 1404 (a)". Leonard v. PepsiCo, *12196-2555 Civ.-King, at 1 (S.D.Fla. 6 de noviembre de 1996). La demanda de Florida fue transferida a este Tribunal el 2 de diciembre de 1996 y se le asignó el número de expediente 96 Civ. 9069.

Una vez que la acción de Florida había sido transferida, Leonard se movió para desestimar la acción de juicio declaratorio por falta de jurisdicción personal. En una providencia de fecha 24 de noviembre de 1997, la Corte

concedió la moción de desestimación por falta de jurisdicción personal en el caso 96 Civ. 5320, contra el cual PepsiCo apeló. Leonard también se movió para desestimar voluntariamente la acción de Florida. Si bien el Tribunal indicó que la moción era adecuada, señaló que PepsiCo tenía derecho a alguna compensación por los costos de litigar este caso en Florida, un foro que no tenía una relación significativa con el caso. (Véase Transcript of Proceedings Before Hon. Kimba M. Wood, 9 de diciembre de 1997, pág. 3.) En una orden fechada el 15 de diciembre de 1997, el Tribunal concedió la moción de Leonard de desestimar voluntariamente este caso sin perjuicio, pero lo hizo con la condición de que Leonard pagara ciertos honorarios de abogados.

En una orden fechada el 1 de octubre de 1998, el Tribunal ordenó a Leonard pagar \$ 88,162 en honorarios de abogados dentro de los treinta días. Leonard no lo hizo, pero trató de apelar contra su despido voluntario y la imposición de honorarios. En una orden fechada el 5 de enero de 1999, el Tribunal señaló que la estrategia de Leonard era "claramente una carrera final alrededor de la regla del juicio final". (Orden en 2 (citando Palmieri v. Defaria, 88 F.3d 136 (2d Cir. 1996)).) En consecuencia, el Tribunal ordenó a Leonard pagar la cantidad adeudada o retirar su despido voluntario, así como sus apelaciones al respecto, y continuar el litigio ante este Tribunal. (Ver Orden en 3.) En lugar de pagar los honorarios de los abogados, Leonard eligió proceder con el litigio, y poco después contrató a los abogados actuales.

El 22 de febrero de 1999, el Segundo Circuito hizo suyas las estipulaciones de las partes para la desestimación de cualquier apelación tomada hasta el momento en este caso. Esas estipulaciones señalaron que Leonard había consentido en la jurisdicción de este Tribunal y que PepsiCo acordó no solicitar la ejecución de la adjudicación de honorarios de abogados. Con la renuncia a estas cuestiones, PepsiCo solicitó un juicio sumario de conformidad con la Regla Federal de Procedimiento Civil 56. Por lo tanto, la presente moción sigue a tres años de disputas jurisdiccionales y procesales.

II. Discusión

A.El marco jurídico

1.Norma para el juicio sumario

En una moción de juicio sumario, un tribunal "no puede juzgar cuestiones de hecho; solo puede determinar si hay cuestiones que deben juzgarse". Donahue v. Windsor Locks Bd. of Fire Comm'rs, 834 F.2d 54, 58 (2d Cir. 1987) (se omiten las citas y las comillas internas). Por lo tanto, para prevalecer sobre una moción de juicio sumario, la parte demandante debe demostrar que no hay tales cuestiones genuinas de hecho material que deben ser juzgadas, y que tiene derecho a un juicio como cuestión de derecho. Véase Fed. R.Civ.P. 56 c); Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317, 322, 106 S. Ct. 2548, 91 L. Ed. 2d 265 (1986); Citizens Bank v. Hunt, 927 F.2d 707, 710 (2d Cir.1991). La parte que busca un juicio sumario "tiene la responsabilidad inicial de informar al tribunal de distrito de la base de su moción", que incluye identificar los materiales en el registro que "cree que demuestran la ausencia de un problema genuino de hecho material". Celotex Corp., 477 U.S. at 323, 106 S. Ct. 2548.

Una vez que se hace y apoya una moción de juicio sumario, la parte que no se mueve debe exponer hechos específicos que demuestren que hay un problema genuino que debe ser juzgado. Véase Anderson v. Liberty Lobby, Inc., 477 U.S. 242, 251-52, 106 S. Ct. 2505, 91 L. Ed. 2d 202 (1986). Aunque un tribunal que considere una moción de juicio sumario debe considerar todas las pruebas a la luz más favorable para la parte que no se mueve, y debe sacar todas las inferencias razonables a favor de esa parte, véase Consarc Corp. v. Marine Midland Bank, N.A., 996 F.2d 568, 572 (2d Cir. 1993), la parte que no se mueve "debe hacer más*122 que simplemente demostrar que existe alguna duda metafísica en cuanto a los hechos materiales". Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 586, 106 S. Ct. 1348, 89 L. Ed. 2d 538 (1986). Si, sobre la base de las presentaciones al tribunal, ningún investigador racional de los hechos podría fallar a favor del inmóvil, no hay una cuestión genuina de hecho material, y el juicio sumario es apropiado. Véase Anderson, 477 U.S. at 250, 106 S. Ct. 2505.

La cuestión de si se formó o no un contrato es apropiada para la resolución sobre el juicio sumario. Como el Segundo Circuito ha señalado recientemente, "El juicio sumario es apropiado cuando las 'palabras y acciones que supuestamente formaron un contrato [son] tan claras en sí mismas que las personas razonables no podrían diferir sobre su significado". *Krumme v. Westpoint Stevens, Inc.*, 143 F.3d 71, 83 (2d Cir.1998) (citando *Bourque v. FDIC*, 42 F.3d 704, 708 (1st Cir.1994)) (se omiten otras citas); véase también *Wards Co. v. Stamford Ridgeway Assocs.*, 761 F.2d 117, 120 (2d Cir.1985) (el juicio sumario es apropiado en el caso de un contrato en el que la interpretación instada por la parte que no presenta la demanda no es "bastante razonable"). El juicio sumario es apropiado en tales casos porque "a veces no hay una cuestión genuina en cuanto a si la conducta de las partes implicaba un 'entendimiento contractual'. En tales casos, 'el juez debe decidir la cuestión por sí mismo, al igual que decide cualquier cuestión de hecho con respecto a la cual las personas razonables no pueden diferir". *Bourque*, 42 F.3d en 708 (citando *Boston Five Cents Sav. Bank v. Secretary of Dep't of Housing & Urban Dev.*, 768 F.2d 5, 8 (1st Cir.1985)).

2. Elección del Derecho aplicable

Las partes discrepan sobre si el Tribunal debe aplicar la ley del estado de Nueva York o de algún otro estado al evaluar si la campaña promocional del demandado constituyó una oferta. Debido a que esta acción fue transferida de Florida, se aplican las reglas de elección de ley de Florida, el estado transferente. Véase *Ferens v. John Deere Co.*, 494 U.S. 516, 523-33, 110 S. Ct. 1274, 108 L. Ed. 2d 443 (1990). Según la ley de Florida, la elección de la ley en un caso de contrato está determinada por el lugar "donde se realiza el último acto necesario para completar el contrato". *Jemco, Inc. v. United Parcel Serv., Inc.*, 400 So. 2d 499, 500-01 (Fla. Dist. Ct. App. 1981); véase también *Shapiro v. Associated Int'l Ins. Co.*, 899 F.2d 1116, 1119 (11th Cir. 1990).

Las partes no están de acuerdo en cuanto a si el contrato podría haberse completado al completar el Formulario de pedido por parte del demandante para solicitar un Harrier Jet, o por la aceptación del Formulario de pedido por parte del demandado. Si el comercial constituyera una oferta, entonces

el último acto necesario para completar el contrato sería la aceptación del demandante, en el estado de Washington. Si el comercial constituyó una solicitud para recibir ofertas, entonces el último acto necesario para completar el contrato sería la aceptación por parte del demandado del Formulario de Pedido del demandante, en el estado de Nueva York. Por lo tanto, la cuestión de la elección del Derecho aplicable no puede resolverse hasta que el Tribunal determine si el comercio era una oferta o no. La Corte está de acuerdo con ambas partes en que la solución de esta cuestión requiere la consideración de principios de derecho contractual que no se limitan a la ley de ningún Estado. La mayoría de los casos citados por las partes no son de los tribunales de Nueva York. Como sugiere el demandante, las preguntas presentadas por este caso implican cuestiones de derecho contractual "profundamente arraigadas en el derecho consuetudinario de Inglaterra y los Estados de la Unión". (Pl. Mem. en 8.)

B.El anuncio del demandado no era una oferta

1. Advertisements as Offers

The general rule is that an advertisement does not constitute an offer. The Restatement (Second) of Contracts explains that:

Advertisements of goods by display, sign, handbill, newspaper, radio or television are not ordinarily intended or understood as offers to sell. The same is true of catalogues, price lists and circulars, even though the terms of suggested bargains may be stated in some detail. *123 It is of course possible to make an offer by an advertisement directed to the general public (see § 29), but there must ordinarily be some language of commitment or some invitation to take action without further communication.

Restatement (Second) of Contracts § 26 cmt. b (1979). Similarly, a leading treatise notes that:

It is quite possible to make a definite and operative offer to buy or sell goods by advertisement, in a newspaper, by a handbill, a catalog or circular or on a placard in a store window. It is not customary to do this, however; and the presumption is the other way. ... Such advertisements are understood to be mere requests to consider and examine and negotiate; and no one can reasonably regard them as otherwise unless the circumstances are exceptional and the words used are very plain and clear.

1 Arthur Linton Corbin & Joseph M. Perillo, *Corbin on Contracts* § 2.4, at 116-17 (rev. ed.1993) (emphasis added); see also 1 E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts* § 3.10, at 239 (2d ed.1998); 1 Samuel Williston & Richard A. Lord, *A Treatise on the Law of Contracts* § 4:7, at 286-87 (4th ed.1990). New York courts adhere to this general principle. See *Lovett v. Frederick Loeser & Co.*, 124 Misc. 81, 207 N.Y.S. 753, 755 (N.Y.Mun.Ct.1924) (noting that an "advertisement is nothing but an invitation to enter into negotiations, and is not an offer which may be turned into a contract by a person who signifies his intention to purchase some of the articles mentioned in the advertisement"); see also *Geismar v. Abraham & Strauss*, 109 Misc.2d 495, 439 N.Y.S.2d 1005, 1006 (N.Y.Dist.Ct.1981) (reiterating Lovett rule); *People v. Gimbel Bros.*, 202 Misc. 229, 115 N.Y.S.2d 857, 858 (N.Y.Sp.Sess. 1952) (because an "[a]dvertisement does not constitute an offer of sale but is solely an invitation to customers to make an offer to purchase," defendant not guilty of selling property on Sunday).

An advertisement is not transformed into an enforceable offer merely by a potential offeree's expression of willingness to accept the offer through, among other means, completion of an order form. In *Mesaros v. United States*, 845 F.2d 1576 (Fed.Cir.1988), for example, the plaintiffs sued the United States Mint for failure to deliver a number of Statue of Liberty commemorative coins that they had ordered. When demand for the coins proved unexpectedly robust, a number of individuals who had sent in their orders in a timely fashion were left empty-handed. See *id.* at 1578-80. The court began by noting the "well-established" rule that advertisements and order forms are "mere notices and solicitations for offers which create no power of acceptance in the recipient." *Id.* at 1580; see also *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 703 F.2d 534, 538-39 (9th Cir.1983) ("The weight of authority is that purchase orders such as those at issue here are not enforceable contracts until they are accepted by the

seller.");[5]Restatement (Second) of Contracts § 26 ("A manifestation of willingness to enter a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of assent."). The spurned coin collectors could not maintain a breach of contract action because no contract would be formed until the advertiser accepted the order form and processed payment. See *id.* at 1581; see also *Alligood v. Procter & Gamble*, 72 Ohio App.3d 309, 594 N.E.2d 668 (1991) (finding that no offer was made in promotional campaign for baby diapers, in which consumers were to redeem teddy bear proof-of-purchase symbols for catalog merchandise); *Chang v. First Colonial Savings Bank*, 242 Va. 388, *124 410 S.E.2d 928 (1991) (newspaper advertisement for bank settled the terms of the offer once bank accepted plaintiffs' deposit, notwithstanding bank's subsequent effort to amend the terms of the offer). Under these principles, plaintiff's letter of March 27, 1996, with the Order Form and the appropriate number of Pepsi Points, constituted the offer. There would be no enforceable contract until defendant accepted the Order Form and cashed the check.

The exception to the rule that advertisements do not create any power of acceptance in potential offerees is where the advertisement is "clear, definite, and explicit, and leaves nothing open for negotiation," in that circumstance, "it constitutes an offer, acceptance of which will complete the contract." *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store*, 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689, 691 (1957). In *Lefkowitz*, defendant had published a newspaper announcement stating: "Saturday 9 AM Sharp, 3 Brand New Fur Coats, Worth to \$100.00, First Come First Served \$1 Each." *Id.* at 690. Mr. Morris Lefkowitz arrived at the store, dollar in hand, but was informed that under defendant's "house rules," the offer was open to ladies, but not gentlemen. See *id.* The court ruled that because plaintiff had fulfilled all of the terms of the advertisement and the advertisement was specific and left nothing open for negotiation, a contract had been formed. See *id.*; see also *Johnson v. Capital City Ford Co.*, 85 So. 2d 75, 79 (La.Ct. App.1955) (finding that newspaper advertisement was sufficiently certain and definite to constitute an offer).

The present case is distinguishable from *Lefkowitz*. First, the commercial cannot be regarded in itself as sufficiently definite, because it specifically

reserved the details of the offer to a separate writing, the Catalog.[6] The commercial itself made no mention of the steps a potential offeree would be required to take to accept the alleged offer of a Harrier Jet. The advertisement in Lefkowitz, in contrast, "identified the person who could accept." Corbin, *supra*, § 2.4, at 119. See generally *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137, 139 (S.D.N.Y.1947) ("Greater precision of expression may be required, and less help from the court given, when the parties are merely at the threshold of a contract."); Farnsworth, *supra*, at 239 ("The fact that a proposal is very detailed suggests that it is an offer, while omission of many terms suggests that it is not").[7] Second, even if the Catalog had included a Harrier Jet among the items that could be obtained by redemption of Pepsi Points, the advertisement of a Harrier Jet by both television commercial and catalog would still not constitute an offer. As the Mesaros court explained, the absence of any words of limitation such as "first come, first served," renders the alleged offer sufficiently indefinite that no contract could be formed. See *Mesaros*, 845 F.2d at 1581. "A customer would not usually have reason to believe that the shopkeeper intended exposure to the risk of a multitude of acceptances resulting in a number of contracts exceeding the shopkeeper's inventory." Farnsworth, *supra*, at 242. There was no such danger in Lefkowitz, owing to the limitation "first come, first served."

The Court finds, in sum, that the Harrier Jet commercial was merely an advertisement. The Court now turns to the line of cases upon which plaintiff rests much of his argument.

*125 2. Rewards as Offers

In opposing the present motion, plaintiff largely relies on a different species of unilateral offer, involving public offers of a reward for performance of a specified act. Because these cases generally involve public declarations regarding the efficacy or trustworthiness of specific products, one court has aptly characterized these authorities as "prove me wrong" cases. See *Rosenthal v. Al Packer Ford*, 36 Md.App. 349, 374 A.2d 377, 380 (1977). The most venerable of these precedents is the case of *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.*, 1 Q.B. 256 (Court of Appeal, 1892), a quote from which heads plaintiff's memorandum of law: "[I]f a person

chooses to make extravagant promises ... he probably does so because it pays him to make them, and, if he has made them, the extravagance of the promises is no reason in law why he should not be bound by them." *Carbolic Smoke Ball*, 1 Q.B. at 268 (Bowen, L.J.).

Long a staple of law school curricula, *Carbolic Smoke Ball* owes its fame not merely to "the comic and slightly mysterious object involved," A.W. Brian Simpson. *Quackery and Contract Law: Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893), in *Leading Cases in the Common Law* 259, 281 (1995), but also to its role in developing the law of unilateral offers. The case arose during the London influenza epidemic of the 1890s. Among other advertisements of the time, for Clarke's World Famous Blood Mixture, Towle's Pennyroyal and Steel Pills for Females, Sequah's Prairie Flower, and Epp's Glycerine Jube-Jubes, see Simpson, *supra*, at 267, appeared solicitations for the *Carbolic Smoke Ball*. The specific advertisement that Mrs. Carlill saw, and relied upon, read as follows:

100 £ reward will be paid by the Carbolic Smoke Ball Company to any person who contracts the increasing epidemic influenza, colds, or any diseases caused by taking cold, after having used the ball three times daily for two weeks according to the printed directions supplied with each ball. 1000 £ is deposited with the Alliance Bank, Regent Street, shewing our sincerity in the matter.

During the last epidemic of influenza many thousand carbolic smoke balls were sold as preventives against this disease, and in no ascertained case was the disease contracted by those using the carbolic smoke ball.

Carbolic Smoke Ball, 1 Q.B. at 256-57. "On the faith of this advertisement," *id.* at 257, Mrs. Carlill purchased the smoke ball and used it as directed, but contracted influenza nevertheless.[8] The lower court held that she was entitled to recover the promised reward.

Affirming the lower court's decision, Lord Justice Lindley began by noting that the advertisement was an express promise to pay £ 100 in the event

that a consumer of the Carbolic Smoke Ball was stricken with influenza. See *id.* at 261. The advertisement was construed as offering a reward because it sought to induce performance, unlike an invitation to negotiate, which seeks a reciprocal promise. As Lord Justice Lindley explained, "advertisements offering rewards ... are offers to anybody who performs the conditions named in the advertisement, and anybody who does perform the condition accepts the offer." *Id.* at 262; see also *id.* at 268 (Bowen, L.J.).^[9] Because Mrs. Carlill had complied with the terms of the offer, yet *126 contracted influenza, she was entitled to £ 100.

Like Carbolic Smoke Ball, the decisions relied upon by plaintiff involve offers of reward. In *Barnes v. Treece*, 15 Wash. App. 437, 549 P.2d 1152 (1976), for example, the vice-president of a punchboard distributor, in the course of hearings before the Washington State Gambling Commission, asserted that, "I'll put a hundred thousand dollars to anyone to find a crooked board. If they find it, I'll pay it." *Id.* at 1154. Plaintiff, a former bartender, heard of the offer and located two crooked punchboards. Defendant, after reiterating that the offer was serious, providing plaintiff with a receipt for the punchboard on company stationery, and assuring plaintiff that the reward was being held in escrow, nevertheless repudiated the offer. See *id.* at 1154. The court ruled that the offer was valid and that plaintiff was entitled to his reward. See *id.* at 1155. The plaintiff in this case also cites cases involving prizes for skill (or luck) in the game of golf. See *Las Vegas Hacienda v. Gibson*, 77 Nev. 25, 359 P.2d 85 (1961) (awarding \$5,000 to plaintiff, who successfully shot a hole-in-one); see also *Grove v. Charbonneau Buick-Pontiac, Inc.*, 240 N.W.2d 853 (N.D. 1976) (awarding automobile to plaintiff, who successfully shot a hole-in-one).

Other "reward" cases underscore the distinction between typical advertisements, in which the alleged offer is merely an invitation to negotiate for purchase of commercial goods, and promises of reward, in which the alleged offer is intended to induce a potential offeree to perform a specific action, often for noncommercial reasons. In *Newman v. Schiff*, 778 F.2d 460 (8th Cir.1985), for example, the Fifth Circuit held that a tax protestor's assertion that, "If anybody calls this show ... and cites any section of the code that says an individual is required to file a tax return, I'll pay them \$100,000," would have been an enforceable offer had the plaintiff

called the television show to claim the reward while the tax protestor was appearing. See *id.* at 466-67. The court noted that, like Carbollic Smoke Ball, the case "concerns a special type of offer: an offer for a reward." *Id.* at 465. *James v. Turilli*, 473 S.W.2d 757 (Mo.Ct.App.1971), arose from a boast by defendant that the "notorious Missouri desperado" Jesse James had not been killed in 1882, as portrayed in song and legend, but had lived under the alias "J. Frank Dalton" at the "Jesse James Museum" operated by none other than defendant. Defendant offered \$10,000 "to anyone who could prove me wrong." See *id.* at 758-59. The widow of the outlaw's son demonstrated, at trial, that the outlaw had in fact been killed in 1882. On appeal, the court held that defendant should be liable to pay the amount offered. See *id.* at 762; see also *Mears v. Nationwide Mutual Ins. Co.*, 91 F.3d 1118, 1122-23 (8th Cir.1996) (plaintiff entitled to cost of two Mercedes as reward for coining slogan for insurance company).

In the present case, the Harrier Jet commercial did not direct that anyone who appeared at Pepsi headquarters with 7,000,000 Pepsi Points on the Fourth of July would receive a Harrier Jet. Instead, the commercial urged consumers to accumulate Pepsi Points and to refer to the Catalog to determine how they could redeem their Pepsi Points. The commercial sought a reciprocal promise, expressed through acceptance of, and compliance with, the terms of the Order Form. As noted previously, the Catalog contains no mention of the Harrier Jet. Plaintiff states that he "noted that the Harrier Jet was not among the items described in the catalog, but this did not affect [his] understanding of the offer." (Pl. Mem. at 4.) It should have.[10]

*127 Carbollic Smoke Ball itself draws a distinction between the offer of reward in that case, and typical advertisements, which are merely offers to negotiate. As Lord Justice Bowen explains:

It is an offer to become liable to any one who, before it is retracted, performs the condition.... It is not like cases in which you offer to negotiate, or you issue advertisements that you have got a stock of books to sell, or houses to let, in which case there is no offer to be bound by any contract. Such advertisements are offers to negotiate offers to receive offers

offers to chaffer, as, I think, some learned judge in one of the cases has said.

Carbolic Smoke Ball, 1 Q.B. at 268; see also Lovett, 207 N.Y.S. at 756 (distinguishing advertisements, as invitation to offer, from offers of reward made in advertisements, such as Carbolic Smoke Ball). Because the alleged offer in this case was, at most, an advertisement to receive offers rather than an offer of reward, plaintiff cannot show that there was an offer made in the circumstances of this case.

C. An Objective, Reasonable Person Would Not Have Considered the Commercial an Offer

Plaintiff's understanding of the commercial as an offer must also be rejected because the Court finds that no objective person could reasonably have concluded that the commercial actually offered consumers a Harrier Jet.

1. Objective Reasonable Person Standard

In evaluating the commercial, the Court must not consider defendant's subjective intent in making the commercial, or plaintiff's subjective view of what the commercial offered, but what an objective, reasonable person would have understood the commercial to convey. See *Kay-R Elec. Corp. v. Stone & Webster Constr. Co.*, 23 F.3d 55, 57 (2d Cir.1994) ("[W]e are not concerned with what was going through the heads of the parties at the time [of the alleged contract]. Rather, we are talking about the objective principles of contract law."); *Mesaros*, 845 F.2d at 1581 ("A basic rule of contracts holds that whether an offer has been made depends on the objective reasonableness of the alleged offeree's belief that the advertisement or solicitation was intended as an offer."); *Farnsworth*, *supra*, § 3.10, at 237; *Williston*, *supra*, § 4:7 at 296-97.

If it is clear that an offer was not serious, then no offer has been made:

What kind of act creates a power of acceptance and is therefore an offer? It must be an expression of will or intention. It must be an act that leads the offeree reasonably to conclude that a power to create a contract is conferred. This applies to the content of the power as well as to the fact of its existence. It is on this ground that we must exclude invitations to deal or acts of mere preliminary negotiation, and acts evidently done in jest or without intent to create legal relations.

Corbin on Contracts, § 1.11 at 30 (emphasis added). An obvious joke, of course, would not give rise to a contract. See, e.g., *Graves v. Northern N.Y. Pub. Co.*, 260 A.D. 900, 22 N.Y.S.2d 537 (1940) (dismissing claim to offer of \$1000, which appeared in the "joke column" of the newspaper, to any person who could provide a commonly available phone number). On the other hand, if there is no indication that the offer is "evidently in jest," and that an objective, reasonable person would find that the offer was serious, then there may be a valid offer. See *Barnes*, 549 P.2d at 1155 ("[I]f the jest is not apparent and a reasonable hearer would believe that an offer was being made, then the speaker risks the formation of a contract which was not intended."); see also *Lucy v. Zehmer*, 196 Va. 493, 84 S.E.2d 516, 518, 520 (1954) *128 (ordering specific performance of a contract to purchase a farm despite defendant's protestation that the transaction was done in jest as "just a bunch of two doggoned drunks bluffing").

2. Necessity of a Jury Determination

Plaintiff also contends that summary judgment is improper because the question of whether the commercial conveyed a sincere offer can be answered only by a jury. Relying on dictum from *Gallagher v. Delaney*, 139 F.3d 338 (2d Cir. 1998), plaintiff argues that a federal judge comes from a "narrow segment of the enormously broad American socio-economic spectrum," *id.* at 342, and, thus, that the question whether the commercial constituted a serious offer must be decided by a jury composed of, *inter alia*, members of the "Pepsi Generation," who are, as plaintiff puts it, "young, open to adventure, willing to do the unconventional." (See *Leonard Aff.* ¶ 2.) Plaintiff essentially argues that a federal judge would view his claim differently than fellow members of the "Pepsi Generation."

Plaintiff's argument that his claim must be put to a jury is without merit. Gallagher involved a claim of sexual harassment in which the defendant allegedly invited plaintiff to sit on his lap, gave her inappropriate Valentine's Day gifts, told her that "she brought out feelings that he had not had since he was sixteen," and "invited her to help him feed the ducks in the pond, since he was `a bachelor for the evening.'" Gallagher, 139 F.3d at 344. The court concluded that a jury determination was particularly appropriate because a federal judge lacked "the current real-life experience required in interpreting subtle sexual dynamics of the workplace based on nuances, subtle perceptions, and implicit communications." Id. at 342. This case, in contrast, presents a question of whether there was an offer to enter into a contract, requiring the Court to determine how a reasonable, objective person would have understood defendant's commercial. Such an inquiry is commonly performed by courts on a motion for summary judgment. See Krumme, 143 F.3d at 83; Bourque, 42 F.3d at 708; Wards Co., 761 F.2d at 120.

3. Whether the Commercial Was "Evidently Done In Jest"

Plaintiff's insistence that the commercial appears to be a serious offer requires the Court to explain why the commercial is funny. Explaining why a joke is funny is a daunting task; as the essayist E.B. White has remarked, "Humor can be dissected, as a frog can, but the thing dies in the process...."[11] The commercial is the embodiment of what defendant appropriately characterizes as "zany humor." (Def. Mem. at 18.)

First, the commercial suggests, as commercials often do, that use of the advertised product will transform what, for most youth, can be a fairly routine and ordinary experience. The military tattoo and stirring martial music, as well as the use of subtitles in a Courier font that scroll terse messages across the screen, such as "MONDAY 7:58 AM," evoke military and espionage thrillers. The implication of the commercial is that Pepsi Stuff merchandise will inject drama and moment into hitherto unexceptional lives. The commercial in this case thus makes the exaggerated claims similar to those of many television advertisements: that by consuming the featured clothing, car, beer, or potato chips, one will become attractive, stylish, desirable, and admired by all. A reasonable

viewer would understand such advertisements as mere puffery, not as statements of fact, see, e.g., *Hubbard v. General Motors Corp.*, 95 Civ. 4362(AGS), 1996 WL 274018, at *6 (S.D.N.Y. May 22, 1996) (advertisement describing automobile as "Like a Rock," was mere puffery, not a warranty of quality); *Lovett*, 207 N.Y.S. at 756; and refrain from interpreting the promises of the commercial as being literally true.

Second, the callow youth featured in the commercial is a highly improbable pilot, one who could barely be trusted with the *129 keys to his parents' car, much less the prize aircraft of the United States Marine Corps. Rather than checking the fuel gauges on his aircraft, the teenager spends his precious preflight minutes preening. The youth's concern for his coiffure appears to extend to his flying without a helmet. Finally, the teenager's comment that flying a Harrier Jet to school "sure beats the bus" evinces an improbably insouciant attitude toward the relative difficulty and danger of piloting a fighter plane in a residential area, as opposed to taking public transportation.[12]

Third, the notion of traveling to school in a Harrier Jet is an exaggerated adolescent fantasy. In this commercial, the fantasy is underscored by how the teenager's schoolmates gape in admiration, ignoring their physics lesson. The force of the wind generated by the Harrier Jet blows off one teacher's clothes, literally defrocking an authority figure. As if to emphasize the fantastic quality of having a Harrier Jet arrive at school, the Jet lands next to a plebeian bike rack. This fantasy is, of course, extremely unrealistic. No school would provide landing space for a student's fighter jet, or condone the disruption the jet's use would cause.

Fourth, the primary mission of a Harrier Jet, according to the United States Marine Corps, is to "attack and destroy surface targets under day and night visual conditions." United States Marine Corps, Factfile: AV-8B Harrier II (last modified Dec. 5, 1995) . Manufactured by McDonnell Douglas, the Harrier Jet played a significant role in the air offensive of Operation Desert Storm in 1991. See *id.* The jet is designed to carry a considerable armament load, including Sidewinder and Maverick missiles. See *id.* As one news report has noted, "Fully loaded, the Harrier can float like a butterfly and sting like a bee albeit a roaring 14-ton butterfly and a bee with 9,200

pounds of bombs and missiles." Jerry Allegood, *Marines Rely on Harrier Jet, Despite Critics*, News & Observer (Raleigh), Nov. 4, 1990, at C1. In light of the Harrier Jet's well-documented function in attacking and destroying surface and air targets, armed reconnaissance and air interdiction, and offensive and defensive anti-aircraft warfare, depiction of such a jet as a way to get to school in the morning is clearly not serious even if, as plaintiff contends, the jet is capable of being acquired "in a form that eliminates [its] potential for military use." (See Leonard Aff. ¶ 20.)

Fifth, the number of Pepsi Points the commercial mentions as required to "purchase" the jet is 7,000,000. To amass that number of points, one would have to drink 7,000,000 Pepsis (or roughly 190 Pepsis a day for the next hundred years an unlikely possibility), or one would have to purchase approximately \$700,000 worth of Pepsi Points. The cost of a Harrier Jet is roughly \$23 million dollars, a fact of which plaintiff was aware when he set out to gather the amount he believed necessary to accept the alleged offer. (See Affidavit of Michael E. McCabe, 96 Civ. 5320, Aug. 14, 1997, Exh. 6 (Leonard Business Plan).) Even if an objective, reasonable person were not aware of this fact, he would conclude that purchasing a fighter plane for \$700,000 is a deal too good to be true.[13]

*130 Plaintiff argues that a reasonable, objective person would have understood the commercial to make a serious offer of a Harrier Jet because there was "absolutely no distinction in the manner" (Pl. Mem. at 13,) in which the items in the commercial were presented. Plaintiff also relies upon a press release highlighting the promotional campaign, issued by defendant, in which "[n]o mention is made by [defendant] of humor, or anything of the sort." (Id. at 5.) These arguments suggest merely that the humor of the promotional campaign was tongue in cheek. Humor is not limited to what Justice Cardozo called "[t]he rough and boisterous joke ... [that] evokes its own guffaws." *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479, 483, 166 N.E. 173, 174 (1929). In light of the obvious absurdity of the commercial, the Court rejects plaintiff's argument that the commercial was not clearly in jest.

4. Plaintiff's Demands for Additional Discovery

In his Memorandum of Law, and in letters to the Court, plaintiff argues that additional discovery is necessary on the issues of whether and how defendant reacted to plaintiff's "acceptance" of their "offer"; how defendant and its employees understood the commercial would be viewed, based on test-marketing the commercial or on their own opinions; and how other individuals actually responded to the commercial when it was aired. (See Pl. Mem. at 1-2; Letter of David E. Nachman to the Hon. Kimba M. Wood, Apr. 5, 1999.)

Plaintiff argues that additional discovery is necessary as to how defendant reacted to his "acceptance," suggesting that it is significant that defendant twice changed the commercial, the first time to increase the number of Pepsi Points required to purchase a Harrier Jet to 700,000,000, and then again to amend the commercial to state the 700,000,000 amount and add "(Just Kidding)." (See Pl. Stat. Exh C (700 Million), and Exh. D (700 Million Just Kidding).) Plaintiff concludes that, "Obviously, if PepsiCo truly believed that no one could take seriously the offer contained in the original ad that I saw, this change would have been totally unnecessary and superfluous." (Leonard Aff. ¶ 14.) The record does not suggest that the change in the amount of points is probative of the seriousness of the offer. The increase in the number of points needed to acquire a Harrier Jet may have been prompted less by the fear that reasonable people would demand Harrier Jets and more by the concern that unreasonable people would threaten frivolous litigation. Further discovery is unnecessary on the question of when and how the commercials changed because the question before the Court is whether the commercial that plaintiff saw and relied upon was an offer, not that any other commercial constituted an offer.

Plaintiff's demands for discovery relating to how defendant itself understood the offer are also unavailing. Such discovery would serve only to cast light on defendant's subjective intent in making the alleged offer, which is irrelevant to the question of whether an objective, reasonable person would have understood the commercial to be an offer. See *Kay-R Elec. Corp.*, 23 F.3d at 57 ("[W]e are not concerned with what was going through the heads of the parties at the time [of the alleged contract]."); *Mesaros*, 845 F.2d at 1581; *Corbin on Contracts*, § 1.11 at 30. Indeed, plaintiff repeatedly argues that defendant's subjective intent is irrelevant. (See Pl. Mem. at 5, 8, 13.)

Finally, plaintiff's assertion that he should be afforded an opportunity to determine whether other individuals also tried to accumulate enough Pepsi Points to "purchase" a Harrier Jet is unavailing. The possibility that there were other people who interpreted the commercial as an "offer" of a Harrier Jet does not render that belief any more or less reasonable. The alleged offer must be evaluated on its own terms. Having made the evaluation, *131 the Court concludes that summary judgment is appropriate on the ground that no reasonable, objective person would have understood the commercial to be an offer.[14]

D. The Alleged Contract Does Not Satisfy the Statute of Frauds

The absence of any writing setting forth the alleged contract in this case provides an entirely separate reason for granting summary judgment. Under the New York[15] Statute of Frauds,

a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker.

N.Y.U.C.C. § 2-201(1); see also, e.g., *AFP Imaging Corp. v. Philips Medizin Systeme*, 92 Civ. 6211(LMM), 1994 WL 652510, at *4 (S.D.N.Y. Nov. 17, 1994). Without such a writing, plaintiff's claim must fail as a matter of law. See *Hilord Chem. Corp. v. Ricoh Elecs., Inc.*, 875 F.2d 32, 36-37 (2d Cir.1989) ("The adequacy of a writing for Statute of Frauds purposes `must be determined from the documents themselves, as a matter of law.'") (quoting *Bazak Int'l. Corp. v. Mast Indus., Inc.*, 73 N.Y.2d 113, 118, 538 N.Y.S.2d 503, 535 N.E.2d 633 (1989)).

There is simply no writing between the parties that evidences any transaction. Plaintiff argues that the commercial, plaintiff's completed Order Form, and perhaps other agreements signed by defendant which

plaintiff has not yet seen, should suffice for Statute of Frauds purposes, either singly or taken together. (See Pl. Mem. at 18-19.) For the latter claim, plaintiff relies on *Crabtree v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 305 N.Y. 48, 110 N.E.2d 551 (1953). *Crabtree* held that a combination of signed and unsigned writings would satisfy the Statute of Frauds, "provided that they clearly refer to the same subject matter or transaction." *Id.* at 55, 110 N.E.2d 551. Yet the Second Circuit emphasized in *Horn & Hardart Co. v. Pillsbury Co.*, 888 F.2d 8 (2d Cir.1989), that this rule "contains two strict threshold requirements." *Id.* at 11. First, the signed writing relied upon must by itself establish "a contractual relationship between the parties." *Id.* (quoting *Crabtree*, 305 N.Y. at 56, 110 N.E.2d 551); see also *O'Keeffe v. Bry*, 456 F. Supp. 822, 829 (S.D.N.Y.1978) ("To the extent that *Crabtree* permits the use of a 'confluence of memoranda,' the minimum condition for such use is the existence of one [signed] document establishing the basic, underlying contractual commitment."). The second threshold requirement is that the unsigned writing must "on its face refer to the same transaction as that set forth in the one that was signed." *Horn & Hardart*, 888 F.2d at 11 (quoting *Crabtree*, 305 N.Y. at 56, 110 N.E.2d 551); see also *Bruce Realty Co. of Florida v. Berger*, 327 F. Supp. 507, 510 (S.D.N.Y.1971).

None of the material relied upon by plaintiff meets either threshold requirement. The commercial is not a writing; plaintiff's completed order form does not bear the signature of defendant, or an agent thereof; and to the extent that plaintiff seeks discovery of any contracts between defendant and its advertisers, such discovery would be unavailing: plaintiff *132 is not a party to, or a beneficiary of, any such contracts. Because the alleged contract does not meet the requirements of the Statute of Frauds, plaintiff has no claim for breach of contract or specific performance.

E. Plaintiff's Fraud Claim

In addition to moving for summary judgment on plaintiff's claim for breach of contract, defendant has also moved for summary judgment on plaintiff's fraud claim. The elements of a cause of action for fraud are "representation of a material existing fact, falsity, scienter, deception and injury." *New York Univ. v. Continental Ins. Co.*, 87 N.Y.2d 308, 639 N.Y.S.2d 283, 662 N.E.2d 763 (1995) (quoting *Channel Master Corp. v. Aluminium Ltd.*

Sales, Inc., 4 N.Y.2d 403, 407, 176 N.Y.S.2d 259, 262, 151 N.E.2d 833 (1958)).

Para presentar correctamente una demanda por fraude, "el demandante debe alegar una tergiversación u omisión material por parte del demandado, en la que se basó, que indujo al demandante" a realizar un acto. Ver NYU, 639 N.Y.S.2d en 289,662 N.E.2d 763. "Las acusaciones generales de que el demandado celebró un contrato sin la intención de cumplirlo son insuficientes para respaldar el reclamo". Ver id. (citando *Rocanova v. Equitable Life Assur. Soc'y*, 83 N.Y.2d 603, 612 N.Y.S.2d 339, 634 N.E.2d 940 (1994)); véase también *Grappo v. Alitalia Linee Aeree Italiane, S.p.A.*, 56 F.3d 427, 434 (2d Cir.1995) ("Por lo general, no existe una causa de acción cuando el demandante alega únicamente que el demandado celebró un contrato sin intención de cumplirlo"). En cambio, el demandante debe demostrar que la tergiversación fue colateral, o sirvió como incentivo, para un acuerdo separado entre las partes. Véase *Bridgestone/Firestone v. Recovery Credit*, 98 F.3d 13, 20 (2d Cir.1996) (que permite una reclamación por fraude cuando el demandante "'demuestra[n] una garantía fraudulenta de tergiversación o ajena al contrato'") (citando *Deerfield Communications Corp. v. Chesebrough-Ponds, Inc.*, 68 N.Y.2d 954, 510 N.Y.S.2d 88, 89, 502 N.E.2d 1003 (1986)).

Por ejemplo, en *Stewart v. Jackson & Nash*, 976 F.2d 86 (2d Cir.1992), el Segundo Circuito dictaminó que el demandante había presentado correctamente una reclamación por fraude. En el curso de las negociaciones del demandante para el empleo con el demandado, un bufete de abogados, el demandado representó al demandante no sólo que la demandante sería contratada (que lo era), sino también que la empresa había asegurado un gran cliente de derecho ambiental, que estaba en el proceso de establecer un departamento de derecho ambiental y que el demandante dirigiría el departamento de derecho ambiental. Ver id. en 89-90. El Segundo Circuito concluyó que estas tergiversaciones dieron lugar a un reclamo de fraude, porque consistían en tergiversaciones de hechos presentes, en lugar de promesas futuras.

El demandante en este caso no alega que fue inducido a celebrar un contrato por alguna tergiversación colateral, sino que el demandado nunca

tuvo la intención de cumplir su "oferta" de un Harrier Jet. (Véase Pl. Mem., pág. 23.) Debido a que esta demanda "alega únicamente que el demandado celebró un contrato sin intención de cumplirlo", Grappo, 56 F.3d en 434, la sentencia sobre esta reclamación debe dictarse para el demandado.

III. Conclusión

En resumen, hay tres razones por las cuales la demanda del demandante no puede prevalecer como cuestión de derecho. En primer lugar, el comercial era simplemente un anuncio, no una oferta unilateral. En segundo lugar, la actitud irónica del comercial no haría que una persona razonable concluyera que una compañía de refrescos regalaría aviones de combate como parte de una promoción. En tercer lugar, no hay escrito entre las partes suficiente para satisfacer el Estatuto de Fraudes.

Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal accede a la petición del demandado de que se dicte un juicio sumario. El Secretario del Tribunal tiene instrucciones de cerrar estos casos. Cualquier moción pendiente es discutible.

NOTAS

[1] La recitación por el Tribunal de los hechos de este caso se extrae de las declaraciones de hechos no impugnados presentadas por las partes de conformidad con la Regla Civil Local 56.1. La mayoría de las citas son a la declaración de hechos del demandado porque el demandante no impugna muchas de las afirmaciones fácticas del demandado. (Ver la respuesta del demandante Leonard a la declaración de la Regla 56.1 de PepsiCo ("Pl.Stat.")). El desacuerdo del demandante con algunas de las declaraciones del demandado se señala en el texto.

En una providencia de fecha 24 de noviembre de 1997, en un caso conexo (96 Civ. 5320), la Corte expuso un relato inicial de los hechos de este caso. Debido a que las partes han tenido un descubrimiento adicional desde esa Orden y han elaborado declaraciones y contradecaraciones de la Regla

Civil Local 56.1, la recitación de los hechos en este documento debe considerarse definitiva.

[2] En este punto, aparece el siguiente mensaje en la parte inferior de la pantalla: "Oferta no disponible en todas las áreas. Consulte los detalles sobre los paquetes especialmente marcados".

[3] Debido a que Leonard y PepsiCo fueron demandantes en una acción y demandados en la otra, el Tribunal se referirá a las partes como "Leonard" y "PepsiCo", en lugar de demandante y demandado, por su discusión de la historia procesal de este litigio.

[4] La demanda de Florida alegó que el comercial se había mostrado en Florida. Esta afirmación no solo era irrelevante, ya que el demandante no había visto realmente el comercial en Florida, sino que más tarde resultó ser falsa. Véase Leonard v. PepsiCo, 96-2555 Civ.-King, en 1 (S.D.Fla. 6 de noviembre de 1996) ("La única conexión que este caso tiene con este foro es que el abogado del demandante está en el Distrito Sur de Florida").

[5] Foremost Profue anulado por otros motivos por Hasbrouck v. Texaco, Inc., 842 F.2d 1034, 1041 (9th Cir.1987), aff'd, 496 U.S. 543, 110 S. Ct. 2535, 110 L. Ed. 2d 492 (1990). Véase Chroma Lighting v. GTE Products Corp., 111 F.3d 653, 657 (9th Cir.1997), certificado denegado sub nom., Osram Sylvania Products, Inc. v. von der Ahe, 522 U.S. 943, 118 S. Ct. 357, 139 L. Ed. 2d 278 (1997).

[6] También comunicó palabras adicionales de reserva: "Oferta no disponible en todas las áreas. Consulte los detalles sobre los paquetes especialmente marcados".

[7] La reserva de los detalles de la oferta en este caso la distingue de Payne v. Lautz Bros. & Co., 166 N.Y.S. 844 (N.Y. City Ct. 1916). En Payne, un corredor de sellos y cupones compró cantidades masivas de cupones producidos por el acusado, una compañía de jabón, y trató de canjearlos

por 4,000 boletos de ida y vuelta a una playa local. El tribunal falló a favor del demandante, señalando que los anuncios eran "absolutamente sin restricciones. No contenía referencia alguna a ninguna de sus publicidades anteriores de ninguna forma". Id., pág. 848. En el caso de autos, en cambio, el comercial reservó expresamente los detalles de la oferta al Catálogo.

[8] Aunque la opinión del Tribunal de Apelaciones no dice exactamente qué era una bola de humo carbónico, el registro histórico revela que era una bola hueca compresible, aproximadamente del tamaño de una manzana o naranja, con una pequeña abertura cubierta por algún material poroso como seda o gasa. La bola estaba parcialmente llena de ácido carbónico en forma de polvo. Cuando se apretaba la bola, el polvo era forzado a través de la abertura como una pequeña nube de humo. Ver Simpson, supra, en 262-63. En ese momento, el ácido carbónico se consideraba fatal si se consumía en cantidades más que pequeñas. Ver id. en 264.

[9] Carbolic Smoke Ball incluye una formulación clásica de este principio: "Si anuncio al mundo que mi perro está perdido, y que cualquiera que traiga al perro a un lugar en particular recibirá algo de dinero, ¿se espera que todos los policías u otras personas cuyo negocio es encontrar perros perdidos se sienten y escriban una nota diciendo que han aceptado mi propuesta?" Carbolic Smoke Ball, 1 Q.B. at 270 (Bowen, L.J.).

[10] En su declaración jurada, el demandante pone gran énfasis en un comunicado de prensa escrito por el demandado, que caracteriza al Harrier Jet como "el último premio Pepsi Stuff". (Ver Leonard Aff. ¶ 13.) El demandante simplemente ignora el resto del comunicado, que no menciona el Harrier Jet, incluso cuando establece en detalle la cantidad de puntos necesarios para canjear otra mercancía.

[11] Citado en Gerald R. Ford, *Humor y la Presidencia* 23 (1987).

[12] A este respecto, el adolescente del anuncio contrasta con las distinguidas figuras que testificaron sobre la efectividad de la Bola de Humo Carbónico, incluida la duquesa de Sutherland; los condes de

Wharncliffe, Westmoreland, Cadogan y Leitrim; las condesas Dudley, Pembroke y Aberdeen; las marquesas de Bath y Conyngham; Sir Henry Acland, médico del Príncipe de Gales; y Sir James Paget, sargento cirujano de la reina Victoria. Ver Simpson, *supra*, en 265.

[13] En contraste, los anunciantes de Carbolic Smoke Ball enfatizaron su seriedad, afirmando en el anuncio que "£ 1,000 se depositan en el Alliance Bank, mostrando nuestra sinceridad en el asunto". Bola de humo carbólico, 1 Q.B. en 257. Del mismo modo, en *Barnes*, las "declaraciones posteriores, la conducta y las circunstancias del acusado muestran la intención de llevar a cualquier oyente a creer que las declaraciones se hicieron seriamente". *Barnes*, 549 P.2d en 1155. La oferta en *Barnes*, además, se hizo en el foro serio de audiencias ante una comisión estatal; No, como afirma el demandado, en una "convención de juegos de azar". *Compare Barnes*, 549 P.2d en 1154, con *Def.* en 6.

[14] Incluso si se permitiera al demandante el descubrimiento sobre todas estas cuestiones, tal descubrimiento sería relevante solo para la segunda base de la opinión del Tribunal, que ninguna persona razonable habría entendido que el comercial era una oferta. Ese descubrimiento no cambiaría el principio básico de que un anuncio no es una oferta, como se establece en la Sección II.B de esta Orden y Opinión, *supra*; tampoco afectaría a la conclusión de que la supuesta oferta no cumplió con el Estatuto de Fraudes, tal como se establece en la Sección II.D, *infra*.

[15] Habiendo determinado que el anuncio del demandado no era una oferta, el último acto necesario para completar el contrato sería la aceptación del demandado en Nueva York del Formulario de Pedido del demandante. Por lo tanto, la Corte debe aplicar la ley de Nueva York sobre el estatuto de fraudes. Véase *supra* Sección II.A.2.