



**Contractual acceptance and application of standard terms:  
which standard conditions govern the *Vis Moot* Contract,  
Claimant's, Respondent's or none?**

**Giovana Valentiniano Benetti**

Doutoranda em Direito Civil pela USP.  
Sócia de Judith Martins-Costa Advogados.

**São Paulo, 24 de novembro de 2017**

# Os fatos do 25th Vis Moot



**CLAIMANT**

*VS.*



**RESPONDENT**

Venda de bolos produzidos de modo sustentável

## Linha do tempo

10/03/2014 → *Invitation to Tender*

27/03/2014 → Claimant's *offer*

07/04/2014 → Respondent's *acceptance*

2014, 2015 e 2016 → Claimant entregou os bolos

27/01/2017 → Respondent questiona descumprimento dos princípios do Global Compact por fornecedores do Claimant

10/02/2017 → Claimant confirma possível violação

12/02/2017 → Respondent alega *fundamental breach* e declara *termination*



## Contexto do problema

- Incorporação de *standard terms* no comércio internacional
- *Ping-pong*: partes tentam impor suas condições-padrão
- Partes costumam não prestar a devida atenção nas condições-padrão até o surgimento do conflito



## Plano da Exposição

- 1) Como se dá a formação do contrato no âmbito da CISG?
- 2) Como tratar a incorporação de *standard terms* à luz da CISG?
- 3) Como resolver a *battle of the forms: last shot* ou *knock out rule*?



# 1) Formação dos contratos na CISG

- Formação dos contratos (arts. 14-24)
- Importância das disposições gerais (arts. 6-13)
- Adoção do binômio “oferta e aceitação”
- Outras formas de conclusão contratual: oferta cruzada, não objeção a cartas de confirmação etc.



SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods.*

# 1) Formação dos contratos na CISG

- Respondent enviou *invitation to tender*
- *Invitation to tender*: necessário verificar se há intenção de se vincular e se o convite representa verdadeira proposta
- Art. 14(2): na dúvida, *calls for tender* são apenas convites



SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*.

# 1) Formação dos contratos na CISG

- Discussão do **Vis** → conteúdo do contrato
- Contrato foi formado:
  - oferta (Ex. C4) + aceitação (Ex. C5) + execução
- Incerteza dos *standard terms* não afeta a formação

UNIDROIT Principles, Art. 2.1.22, Official Comment, Example 1



# 1) Formação dos contratos na CISG

- CISG se aplica a contratos formados por *invitation to tender*
- *Invitations to tender*: utilizadas por empresas privadas e também por autoridades governamentais
- Formação do contrato é regida pelos arts. 14-24 da CISG
  - tender* → oferta
  - comunicação da escolha → aceitação

SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*.

## 2) CISG e *standard terms*

- *Standard terms* são dispositivos contratuais não negociados e utilizados repetidamente pela parte
- Características principais: elaboração prévia, ausência de negociação e utilização genérica

Terms and  
Conditions



- UNIDROIT Principles, Art. 2.1.19
- CISG Advisory Council Opinion n. 13

## 2) CISG e *standard terms*

### CISG Advisory Council Opinion n. 13:

- *Standard terms* são regidos pela CISG
- Lei doméstica trata apenas da *validade*
- Doutrina e *case law* → aplicação do art. 14 e *ss.* + arts. 8 e 9
- Incorporação de *standard terms* requer que o destinatário:  
aceite a oferta + tenha oportunidade razoável de acessá-los +  
não rejeite claramente a incorporação

## 2) CISG e *standard terms*

- Intenção de incorporar *standard terms* deve ser clara

### ***CSS Antena v. Amphenol-Tuchel***

**Linguagem do caso:** “May we point out that for all deliveries and services only the known general conditions [...] in their latest editions are valid”.

**Decisão da corte americana:** “This language is ambiguous at best. The phrase “may we point out” is neither clear nor specific regarding [Seller]'s intent”.

## 2) CISG e *standard terms*

- Oportunidade razoável do destinatário conhecer os *standard terms*.
- Exemplos de formato: anexos à documentação contratual, impressos no verso do contrato ou enviados eletronicamente

CISG Advisory Council Opinion n. 13

## 2) CISG e *standard terms*

- *Standard terms* em *invoices* → 2 situações distintas:
  - Menção apenas nos *invoices* = não incorporação

*Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA*



- Menção durante as negociações, repetida nos *invoices* = elemento de interpretação da intenção das partes

*Rubber sealing parts case*



## 2) CISG e *standard terms*

- A quem cabe o ônus de buscar os *standard terms*? Duas linhas:
  - Ao destinatário, desde que tenha oportunidade razoável
  - *Gantry vs. Research Consulting Marketing*
  - SCHIMDT-KESSEL, Martin. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*.
- Proponente deve assegurar que o destinatário tome conhecimento
  - *Machinery case*
  - CISG Advisory Council Opinion n. 13

## 2) CISG e *standard terms*

- Com base na CISG, a referência deve ser clara para uma pessoa razoável na posição do destinatário para a efetiva incorporação das condições-padrão

SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*.

- “Making available test” → interessado em incorporar deve fornecer ou tornar disponíveis os *standard terms*

*Machinery case*





## 2) CISG e *standard terms*

- A referência ao *website* onde estão os *standard terms* é suficiente?
  - “It would, for instance, suffice where the reference to the inclusion of the standard terms refers to the offeror’s website where the terms are available”.

CISG Advisory Council Opinion n. 13

## 2) CISG e *standard terms*

- Art. 8(2) exige tentativa razoável de cientificar a contraparte quanto à incorporação dos *standard terms*

DIMATTEO, Larry *et ali. International Sales Law. a critical analysis of CISG Jurisprudence.*

- Exemplos do *case law*:
  - *ISEA Industrie v. Lu* → referência no verso da confirmação de compra não assinada não é suficiente
  - *Broadcasters case* → menção no site da parte não é suficiente

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- Diferenças entre oferta e aceitação que levam à contradição entre *standard terms*
- Apesar de haver quem defenda o recurso à lei doméstica para lidar com *battle of forms*, as regras da CISG se aplicam

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- 3 cenários para a análise da *battle of forms*:
  - efeitos conflitantes = validade = lei doméstica
  - conflito = lacuna = *knock out rule* por via do art. 7(1)
  - *last shot rule*

DIMATTEO, Larry *et alii*. *International Sales Law*. a critical analysis of CISG Jurisprudence.

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- No caso do VIS, a lei doméstica seriam os UNIDROIT Principles (P.O. 1, item 4), que adotam a *knock out rule* (art. 2.1.22). Portanto, são duas hipóteses:

**knock out rule** → termos conflitantes são excluídos

**last shot rule** → vale a última palavra não objetada

CISG Advisory Council Opinion n. 13

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- *Last shot rule* ou *theory of the last word*: consonância com art. 19(1) e com intenção das partes.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. a comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles.

- Críticas: resultados variados e injustos; encoraja condutas desconformes com a boa-fé; normalmente favorece o *seller*

- SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*.
- CISG Advisory Council Opinion n. 13

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- *Knock out rule*: exclui os termos conflitantes
- Cláusulas dos *standard terms* que não forem conflitantes são mantidas, assim como as negociadas pelas partes

- SCHLECHTRIEM, Peter. *Battle of the forms in international contract law: evaluation approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration.*
- SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods.*

### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

#### *CISG Advisory Council Opinion n. 13*

“**10.** Where both parties seek to incorporate standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the negotiated terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later on but without undue delay objects to the conclusion of the contract on that basis”.



### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

▪ *Leading case* → ***Powdered-milk case***

- Contradições não configuram “failure of the contract”
- *Knock out rule* prevalece, não sendo possível ao vendedor tentar aplicar apenas as cláusulas do comprador que lhe são mais favoráveis
- *Obter dictum: last shot rule* levaria à mesma conclusão



### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- Conclusões sobre o *Powdered-milk case*
  - *Knock out rule* é mais compatível com casos em que há execução do contrato por ambas as partes
  - Decisão também é importante para coibir o “cherry-picking” de *general standards*



MAGNUS, Ulrich. *Last shot vs. Knock Out* – Still Battle over the Battle of Forms Under the CISG.



### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- Alguns casos relevantes sobre *battle of forms*:

***Rubber sealing parts case*** → regra da CISG é a *knock out rule*, mas mencionou a *last shot* em *obiter dictum*

***Knitwear case*** → afastou *standard terms* de ambas as partes (*knock out rule*), pois eram conflitantes quanto à lei aplicável

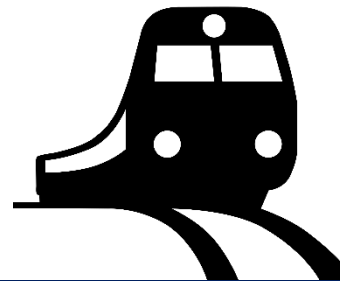


### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- Alguns casos relevantes sobre *battle of forms*:

***Roser Technologies v. Carl Schreiber*** → regra da CISG é a *last shot*, mas, no caso, não houve incorporação

***Norfolk Southern Railway v. Power Source*** → aplicou a *last shot rule*, pois o comprador aceitou os *standard terms* do vendedor ao executar o contrato



### 3) Como resolver battle of forms: last shot ou knock out rule?

- Alguns casos relevantes sobre *battle of forms*:

***Shock-cushioning seat case*** → aplicou a *last shot rule*, decidindo que os *standard terms* aplicáveis eram os últimos trocados pelas partes

***Cashmere sweaters case*** → aplicou a *last shot rule*, pois o comprador aceitou os *standard terms* do vendedor ao executar o contrato



## Bibliografia

- CISG Advisory Council Opinion n. 13
- DIMATTEO, Larry et ali. *International Sales Law*. a critical analysis of CISG Jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MAGNUS, Ulrich. *Last shot vs. Knock Out* – Still Battle over the Battle of Forms Under the CISG. Disponível em <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus4.html>
- SCHIMDT-KESSEL, Martin. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 3<sup>a</sup> ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

## Bibliografia

- SCHLECHTRIEM, Peter. *Battle of the forms in international contract law: evaluation approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration.* Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem5.html>
- SCHROETER, Ulrich. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.) *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods.* 3<sup>a</sup> ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles.* Disponível em: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/pperales.html>

## Casos

- Broadcasters case. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090724g1.html>
- Cashmere sweaters case. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>
- Chateau des Charmes Wines Ltd. v. Sabaté USA. Disponível em:  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/030505u1.html>
- CSS Antena v. Amphenol-Tuche. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110208u1.html>
- Gantry vs. Research Consulting Marketing. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950919b1.html>
- ISEA Industrie v. Lu. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>
- Knitwear case. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>



## Casos

- Machinery case. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>
- Norfolk Southern Railway v. Power Source. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>
- Powdered-milk case. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>
- Roser Technologies v. Carl Schreiber. Disponível em:  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130910u1.html>
- Rubber sealing parts case. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>
- Shock-cushioning seat case. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>

\* As imagens utilizadas nesta apresentação foram encontradas publicamente em sites de busca na internet.

**MUITO OBRIGADA!**

**[giovana@jmartinscosta.adv.br](mailto:giovana@jmartinscosta.adv.br)**

**São Paulo, 24 de novembro de 2017**

## Perguntas sobre o 25<sup>th</sup> VIS

- O fato de a *letter of acknowledgement* enviada pelo Claimant (Ex. R1, p. 28) não referir sua intenção de incorporar seus *standard terms* tem alguma consequência no caso?
- O fato de o Claimant ter mencionado “minor amendments” na carta em que enviou sua oferta (Ex. C3, p. 15) tem alguma relevância?
- A referência às *general conditions* do Claimant em letras pequenas no final de sua oferta (Ex. C3, p. 16) é suficiente para indicar sua intenção de incorporar os *standard terms*?
- Qual é a consequência do fato de o Respondent ter efetivamente lido o Código de Conduta do Claimant (Ex. C5, p. 17)?

## Perguntas sobre o 25<sup>th</sup> VIS

- Há algum elemento nos autos que permita afirmar ter o Claimant ou o Respondent deixado claro que somente contratariam se seus respectivos *standard terms* fossem incorporados?
- É possível, de algum modo, afirmar que o Respondent objetou a inclusão dos *standard terms* do Claimant?
- Seria possível defender a *knock out rule* para afastar os *general terms* de ambas as Partes? Nessa hipótese, qual norma regeria a obrigação do Claimant em relação aos *standards* de sustentabilidade?