

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО / CIVIL LAW

УДК 347.441 (73)

DOI: <http://dx.doi.org/10.21202/1993-047X.10.2016.2.192-216>

Как цитировать русскоязычную версию статьи: Бар-Гилл О., Бен-Шахар О. Выход из контракта // Актуальные проблемы экономики и права. 2016. Т. 10, № 2. С. 192–216.

О. БАР-ГИЛЛ¹,

О. БЕН-ШАХАР²

¹ Гарвардский университет, г. Кембридж, шт. Массачусетс, США

² Чикагский университет, г. Чикаго, шт. Иллинойс, США

ВЫХОД ИЗ КОНТРАКТА*

Цель: рассмотрение процедуры выхода из контракта, ее недостатков и преимуществ.

Методы: статистический; сравнительный анализ.

Результаты: свободный выход из контракта – один из самых мощных инструментов защиты прав потребителя. Эта процедура освобождает потребителя от нежелательных сделок и является одной из характеристик честного бизнеса. Однако потребители часто выбирают контракты с ограничением выхода, отказываясь от права на свободный выход ради других преимуществ. В данной статье рассмотрены преимущества и издержки свободного выхода из контракта по сравнению с ограничением права выхода. По мнению авторов, предусмотренные существующим законодательством (США) наказания за выход из контракта не решают проблем ограниченного выхода, особенно в свете современных условий рынка. Статья также обращает внимание законодателей на вознаграждения за лояльность, которые являются таким же мощным средством воздействия на потребителя, как наказание за выход, и таким же вредным.

Научная новизна: в статье выявлено парадоксальное положение в законодательстве США: регулирование выхода из контракта активнее всего происходит там, где оно менее всего необходимо. Наказания за выход представляют собой очевидную мишень для судов, тогда как программы лояльности кажутся безвредными и не требующими вмешательства закона.

Практическая значимость: работа представляет интерес для отечественной юридической науки и законодательной власти, поскольку в России проблема выхода из контракта так же актуальна, как и в США, и требует решения, не ущемляющего прав ни потребителей, ни продавцов товаров и услуг.

Ключевые слова: гражданское право; контракт; программа лояльности; штраф за досрочное расторжение контракта; нулевой контракт

Благодарность. Авторы выражают благодарность Ian Ayres, Rick Brooks, Clay Gillette, William Hubbard, Florencia Marotta-Wurgler, Ariel Porat, Richard Revesz и участникам мастер-классов в University of Chicago и Yale Law School за ценные замечания. Бар-Гилл выражает благодарность за финансовую поддержку Filomen D'Agostino и Max E. Greenberg Research Fund в NYU School of Law.

* Впервые статья опубликована в Oxford University Press on behalf of The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. Статья находится в открытом доступе в соответствии с Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), предусматривающем некоммерческое использование, распространение и воспроизводство на любом носителе при условии упоминания оригинала статьи. Для коммерческого использования обратитесь к journals.permissions@oup.com doi:10.1093/jla/lau003

Цитирование оригинала статьи на английском языке: Bar-Gill O., Ben-Shahar O. Exit from Contract // Journal of Legal Analysis. 2014. Vol. 6. No. 1. Pp. 151–183.

1. ВВЕДЕНИЕ

Проблема возможных злоупотреблений в потребительских контрактах давно известна. Речь идет о неоправданно завышенных суммах оплаты, давлении при продажах, когда подчеркиваются достоинства товара и замалчиваются связанные с ним риски, а также о дезинформации. Законодатели давно пытаются решить эти проблемы. Так, в последнее время (*статья опубликована на английском языке в 2014 г.* – Прим. ред.) Конгресс принял такие законодательные акты, как Акт об ответственности за раскрытие информации о кредитных картах и подотчетности по ним (123 Stat. 1734) и Акт о реформе Dodd-Frank Wall Street и защите потребителей (124 Stat. 1376) (США. – Прим. ред.), направленные против недобросовестных финансовых схем. Созданное Бюро по финансовой защите потребителей регулирует деятельность на рынках финансовых продуктов, где отмечено наибольшее количество злоупотреблений [1]. Федеральная комиссия по коммуникациям занимается злоупотреблениями в сфере беспроводной связи (см., например, *In the Matter of Verizon Wireless Data Usage Charges*, Federal Communications Commission File No. EB-09-TC-458, DA 10 – 2068 (решение суда в соответствии с заключенным сторонами мировым соглашением)). Суды в свою очередь рассматривают использование мелкого шрифта в потребительских контрактах (см., например, *Cheshire Mortgage Service v. Montes et al.*, 223 Conn. 80 (1992)). Для защиты потребителей используется целый ряд законодательных мер – от мандата на разглашение и стандартных правил, дающих преимущество потребителю, до прямого запрета на отдельные виды деятельности [2, 3]. Однако существует мощное средство против злоупотреблений, которое до сих пор не получило должного освещения, – это выход из контракта.

Возможность для потребителя выйти из нежелательного контракта дает значительную защиту от злоупотреблений. Во-первых, она позволяет потребителю прекратить злоупотребления вместе с прекращением договорных отношений. Во-вторых, угроза выхода сдерживает злоупотребления; продавец имеет мощный стимул поддерживать удовлетворенность клиента, если знает, что неподобающее поведение приведет к потере и клиента, и прибыли.

Выход из контракта играет важную роль в защите потребителя в рамках любых отношений между по-

ставщиком и клиентом, которые имеют потенциал долгосрочных. Очевидно, что таких отношений большинство, и они составляют значительную долю в экономике. Как будет показано ниже, эта доля возрастает, поскольку поставщики проводят целенаправленную работу по повышению лояльности клиентов, таким образом преобразовывая прежде одноразовые отношения в долгосрочные.

Среди потребительских сделок, в которых выход из контракта играет ключевую роль, значительную часть составляют рынки телекоммуникаций – беспроводная связь, Интернет, кабельные сети. Сюда относятся и рынки потребительских финансовых продуктов, такие как кредитные карты, текущие счета, ипотека и мелкие инвестиции; продукты и услуги, связанные со страхованием, членством в спортивных и книжных клубах, подпиской на газеты и журналы, охраной дома и даже авиаперелетами (в рамках программ лояльности). Практически на всех рынках долгосрочные отношения начинают играть важнейшую роль. Например, покупатель регулярно совершает покупки в одном и том же супермаркете, аптеке, книжном магазине, инновационные виды контрактов преобразуют даже такие, традиционно одноразовые, сделки в долгосрочные отношения. В целом значительная часть экономики в настоящее время представлена рынками, где выход из контракта служит мощным инструментом защиты потребителя.

Однако, защищая потребителя, механизм выхода может нанести ущерб поставщику. Ни один поставщик не захочет терять бизнес. Привлечение новых клиентов может потребовать значительных издержек, поэтому неудивительно, что поставщики стараются не допустить выход клиента из договора. Многие понимают, что удержать можно, предоставляя услуги высокого качества. Но другие пытаются сделать выход затратным для потребителя с помощью условий контракта.

Такие поставщики пользуются методом кнута и пряника. «Кнутом» являются наказания за выход, а именно штрафы за досрочное расторжение контракта (далее – ШДР), которые широко распространены, хотя их популярность начинает снижаться. «Пряник» включает в себя различные программы лояльности, когда клиенты вознаграждаются за повторное обращение скидками, бонусами, милями авиаперелетов, возвратом наличных и т. п. В отли-

чие от «кнута» использование «пряника» набирает популярность¹.

Данная статья состоит из трех частей. Часть 2 – описательная. Она содержит обзор различных потребительских рынков, где «выход» играет или может играть важную роль в защите потребителя. Далее описаны тенденции использования различных стратегий предотвращения выхода, доказывающие сокращение роли наказаний и повышение роли вознаграждений за выход из контракта.

Интересной тенденцией в потребительских сделках является появление нулевого контракта. Потребителя привлекают заявлением, что никаких обязательств не требуется, т. е. он вправе разорвать отношения в любой момент без какого-либо наказания. На интернет-страницах, рекламных щитах и вывесках можно увидеть чрезвычайно убедительные уверения в этом. Провайдеры беспроводной связи и Интернета, кабельного телевидения, охранных систем, фитнес-клубы и даже поставщики электроэнергии и бутилированной воды, которые раньше удерживали клиентов с помощью штрафов за выход из контракта, теперь соблазняют их удобствами нулевого контракта.

Кроме нулевого контракта, роль наказаний за выход уменьшается благодаря еще одной рыночной стратегии. Компании переманивают клиентов, предлагая им оплатить их штрафы за досрочное расторжение и покрыть издержки перехода к другому поставщику.

Такие инновации в контрактах свидетельствуют о сокращении способов удержания клиента с помощью «кнута», тогда как удержание с помощью «пряника» набирает популярность. Программы лояльности развиваются в рамках различных потребительских рынков – от авиалиний и кредитных карт до супермаркетов, веб-сайтов и книжных магазинов. Если раньше поход в магазин – будь то аптека, универсам или магазин бытовой техники – был одноразовой акцией, то теперь это звено в цепи (образуемой от-

крытием карты), в конце которой постоянного клиента ожидают дополнительные бонусы.

Часть 3 – нормативная, она содержит аналитическое ядро статьи. В то время как выход из контракта имеет явную фактическую ценность в качестве меры защиты потребителя, его ожидаемая ценность для потребителя не так очевидна. Поставщик может предложить клиенту привлекательные скидки в обмен на право выхода, тем самым осуществляя базовый баланс между ценой и качеством (в данном случае качеством законных прав).

Основные выводы нашего исследования заключаются в следующем. Во-первых, по сравнению с контрактом с ограничением выхода механизм свободного выхода из контракта защищает потребителя от повышения цены. Однако эта свобода выхода и гарантия от повышения цен означают, что потребитель получит меньше скидок и бонусов. Здесь применим стандартный принцип, описанный в экономической литературе по отношению к «издержкам смены поставщика»: в долгосрочном периоде общая цена для потребителя не зависит от типа контракта. Механизм выхода предполагает меньшие уровни повышения цен и в итоге более низкие цены, но эта экономия (актуарное допущение для поставщика) в точности возмещается более высокой первоначальной ценой. Будь то контракт с ограничением или со свободным выходом, потребители платят в среднем ту же сумму.

Однако это лишь методологический принцип. Если отбросить предположения о результате варианта со свободным выходом, мы обнаружим различные общие обстоятельства, которые ухудшают положение потребителя при контракте с ограничением выхода и снижают эффективность рынка в целом. В итоге первоначальные выгоды фиксированного контракта сопровождаются издержками – повышением цен, снижением качества, невозможностью свободно переключиться на более выгодного провайдера. Потребители, способные предвидеть это, рационально оценят плюсы и минусы того или иного типа контракта. Потребители, хуже понимающие положение вещей, недооценят итоговые затраты или переоценят первоначальные выгоды фиксированного контракта, тем самым вступая в невыгодные отношения. Это может привести к количественным диспропорциям – чрезмерные покупки в период низких цен и недостаточные покупки в период высоких цен. Кроме того, долгосрочные контракты с ограничением выхода

¹ Возможности выхода как стратегии защиты потребителя ограничены также издержками смены поставщика, которые не отражаются в контракте. Такая смена требует времени, усилий и иногда денег. Инерция – поведенческие издержки – также играет важную роль. Такие издержки переплетаются с издержками, включенными в контракт, и могут быть усугублены поставщиками, стремящимися удержать клиентов. В рамках данной статьи мы анализируем только издержки смены поставщика, отраженные в контракте.

снижают подвижность рынка, не позволяя потребителям приспособиться к меняющимся условиям и технологиям, переходя на продвинутые продукты. И, наконец, контракты с ограничением выхода могут затруднить вход на рынок новым поставщикам, тем самым сдерживая конкуренцию.

Таким образом, появление нулевого контракта можно рассматривать как ответ рынка на неэффективность договора с ограничением выхода. Потребители, которые в силу недостатка понимания заключили множество контрактов с ограничением выхода, научились предвидеть трудности, связанные с долгосрочными соглашениями, – «шок от счета» (или от снижения качества), часто наступающий в более поздние периоды действия контракта с ограничением выхода. Быстрое развитие технологий, когда продукт устаревает раньше, чем закончится действие контракта, научило потребителей определять цену негибкости, связанной с контрактом с ограничением выхода. Эти потребители и являются целевой аудиторией рекламных щитов, прославляющих свободу нулевого контракта, хотя совсем недавно те же щиты убеждали заключать договоры с ограничением выхода, соблазняя скидками и другими бонусами первоначального периода.

В то время как нулевой контракт символизирует упадок стратегии «кну́та» для ограничения выхода из контракта, стратегия «пря́ника» процветает в форме программ лояльности. Почему потребители осознают издержки договора с ограничением выхода при наказании за выход, но не при использовании программ лояльности? Ответ в ничтожности издержек смены поставщика, ведь это скорее упущенная выгода, чем реальная оплата. Это подтверждается и положениями когнитивной психологии и бихевиористской экономики: расходы кажутся больше, чем упущенная выгода.

В рамках нашей общей нормативной оценки мы рассматриваем также аргументы за ограничение выхода. Одна из интуитивных гипотез заключается в том, что свободный выход приведет к снижению инвестиций в качество продукции. Компании, которые не могут полагаться на долгосрочные поступления от своих клиентов, не будут делать дорогостоящие вложения в свою инфраструктуру. Снижение инвестиций приведет к снижению уровня обслуживания. Однако мы покажем, что мотивы для вложения капитала могут быть более значительными, чем свободный выход, так как компании под постоянной угрозой ухода клиентов

будут вынуждены поддерживать удовлетворенность своих потребителей, предоставляя качественные услуги. В этом проявляется эффект угрозы.

Другой аргумент подчеркивает сигнальную роль свободного выхода. Он дает гарантию от скрытых платежей, неожиданных повышений цен и снижения качества; служит сигналом качества: лучшие поставщики – это те, кто может позволить себе дать клиентам право свободного выхода, потому что их клиенты менее склонны воспользоваться этим правом.

Наконец, часть 4 является предписывающей, или доктринальной, где дается критический обзор того, что мы называем «законом контракта с ограничением выхода». Прежде всего, мы отмечаем, что закон концентрируется исключительно на ограничении выхода с помощью наказания, совершенно игнорируя стратегию ограничения выхода с помощью поощрения, что может быть настолько же проблематично. Кроме того, законное использование наказаний за выход, т. е. ШДР, осуществляется с серьезными нарушениями.

Суды рассматривают штрафы за досрочное расторжение контракта, иногда признавая их чрезмерными, в рамках устаревшей «доктрины наказаний», которая запрещает возмещение ущерба в размере, превышающем возможную выгоду, или в рамках положений различных местных актов о защите прав потребителей, выполняющих подобную функцию (например, California Civil Code § 1671). Рассматривая ШДР как форму возмещения ущерба от расторжения контракта, суды принимают во внимание довод потребителей, что такие штрафы не должны превышать размер упущенной выгоды поставщика от досрочного расторжения контракта. Например, если двухгодичный контракт на услуги мобильной связи предусматривал штраф за досрочное расторжение в размере \$250, причем этот штраф может взыскиваться даже в конце срока действия контракта, то суд отменял это положение контракта, тем самым смягчая механизм фиксированного договора (например, *In re Cellphone Termination Fee Cases*, 193 Cal App 4th 298, 122 Cal Rptr 3d 726 (2011), reh'g denied (March 24, 2011), review denied (June 15, 2011), cert denied, 132 S Ct 555, 181 L Ed 2d 397 (2011)).

Наш анализ показывает, что признание судом ШДР чрезмерным – ошибочно. Штрафы являются частью контракта с ограничением выхода, по условиям которого потребители пользуются первоначальными скидками, а поставщики принимают на себя первоначальные

потери. Нельзя априори считать, что более высокая первоначальная цена и более лояльные наказания лучше для потребителей, чем более низкая первоначальная цена и более высокие ШДР. Ошибочно также думать, что ШДР в конце срока контракта являются чрезмерными для поставщика, если мы не учли первоначальные скидки, которые уменьшили его прибыль.

Это несовершенство «закона контракта с ограничением выхода» вкупе с повышением грамотности потребителей относительно штрафов приводит к тому, что вмешательство закона в проблему контракта с ограничением выхода на основе наказаний должно сокращаться. Это подтверждается популярностью нулевого контракта.

Что касается проблемы договора с ограничением выхода на основе поощрений, то мы приходим к противоположному выводу. Вызывает удивление тот факт, что те, кто ратует за свободный выход из контракта и против контракта с ограничением выхода, полностью игнорируют эту альтернативную, причем все более набирающую популярность, форму контракта с ограничением выхода на основе поощрений. Поставщики громко заявляют об отсутствии штрафов за досрочное расторжение, но мы нигде не наблюдаем рекламных щитов с лозунгом «Никаких наград за лояльность». И это несмотря на то, что, как показывает наше исследование, награды за лояльность приводят ко многим из нарушений, которые создает ограничение выхода на основе наказаний.

В заключении мы ставим вопрос, не следует ли судам и законодателям, обеспокоенным опасностью наказания за выход, переключить свое внимание на программы лояльности.

2. УСЛОВИЯ ВЫХОДА ИЗ КОНТРАКТА

Одной из фундаментальных характеристик любой сделки является возможность для каждой из сторон прекратить отношения. В рамках взаимоотношений компании с потребителем право клиента покинуть данную компанию и обратиться к другой не только определяет размер его выплат, но и справедливо считается мощным средством защиты прав. Следовательно, его можно рассматривать как центральное положение законодательства о защите прав потребителя, и оно является ключевым во многих потребительских договорах. Далее мы покажем центральную роль положения

о выходе из контракта на потребительском рынке и опишем самые распространенные ограничения выхода, используемые компаниями, чтобы удержать клиентов.

2.1. Понятие выхода из контракта

Трудно представить такой потребительский договор, в котором положение о выходе не играет ключевой роли. Возьмем, к примеру, покупку дома, сделку, которую совершают, возможно, один раз в жизни. Покупка дома – альтернатива аренде жилья, а последняя дает клиенту возможность выйти из контракта. Будучи предметом длительного пользования, жилье часто приобретается в расчете на перепродажу (выход из контракта). Другой пример – здравоохранение. Пациент не может покинуть больницу в процессе операции. Однако право на выход играет существенную роль, когда пациент выбирает долгосрочный план медицинского обслуживания. Реклама медицинских услуг рассчитана именно на тех потребителей, которые могут отказаться от своего нынешнего поставщика медицинских услуг.

Действительно, многие потребительские рынки подразумевают длительные отношения с поставщиком товаров или услуг и дают возможность выхода и возвращения в рамках этих взаимоотношений. Хороший пример – телекоммуникационные услуги: подключение к оператору мобильной связи или интернет-провайдеру дает много возможностей и соблазнов поменять его. Неудивительно, что именно рынок телекоммуникационных услуг (в США – Прим. ред.) стал главной лабораторией для испытания условий контракта, ограничивающих или позволяющих досрочный выход (подробнее об этом см. далее). Аналогичным образом страхование является услугой, которая востребована постоянно, но отношения с отдельной организацией могут быть прерваны в любой момент. Отсюда понятно, почему в 2011 г. страховая компания Geico Insurance потратила 994 миллиона долларов на рекламную кампанию, объявляющую, что клиенту потребуется всего 15 минут, чтобы прервать контракт (переключившись на Geico)². Сделки с потребительскими кредитами – через кредитные карты, ипотеки и банковские займы – это часто долгосрочные

² «Пятнадцать минут могут сэкономить Вам пятнадцать и более процентов на автомобильной страховке». URL: https://en.wikipedia.org/wiki/GEICO_advertising_campaigns

контракты, но возможности досрочной оплаты, рефинансирования и перевода остатка долга позволяют заемщику покинуть своего кредитора.

Таким образом, выход из контракта является фундаментальным аспектом долгосрочного договора услуг. Но его важность не менее значительна в краткосрочных и даже одноразовых сделках. Каждая покупка товара – это отдельный договор, но и из него можно выйти, что отражено в праве возврата товара и денег. Это право закреплено либо контрактом (например, сеть Walmart предоставляет право свободного возврата в течение 90 дней), либо законом (например, от ипотечного кредита можно отказаться в течение 72 часов). Кроме того, поставщики соперничают за постоянных клиентов. Вероятность того, что потребитель начнет делать свои постоянные покупки в другом магазине, оформлена в контракте в виде бонусов за такой переход. Многие розничные сети предоставляют скидки – но только тем покупателям, которые открывают счет и предъявляют членскую карточку. Точно так же каждый авиаперелет – это разовая сделка (часто без права возмещения оплаты и, следовательно, без права выхода), но коммерческий успех авиакомпании во многом зависит от лояльности клиентов, т. е. от вступления в долгосрочные взаимоотношения и выхода из них. Есть множество других подобных примеров: развлечения – покупка абонемента на сезон в отличие от разового билета; покупка автомобиля в отличие от долгосрочной или разовой аренды; членство в оздоровительных клубах – долгосрочное обслуживание или разовое посещение и др. Значение выхода почти так же велико, как значение самого контракта, так как затрагивает большую часть потребительских сделок и большую долю коммерческой деятельности.

2.2. Ограничение выхода

Выход из контракта может служить сильным оружием в арсенале защиты прав потребителя. Но он не всегда прост и бесплатен. Выход разрушает связь, которая поддерживала взаимоотношения, а это непросто. Множество экономических исследований затрагивает эти «издержки перехода» – сложности, связанные со сменой провайдера. Мы рассматриваем искусственные издержки перехода – механизмы, созданные поставщиком для получения преимуществ от ограничения выхода. Чтобы сделать выход более сложным и менее привлекательным для потребителя, поставщики ис-

пользуют в договорах два общих приема: штрафы за выход из контракта (в форме ШДР) и вознаграждение за невыход (в форме программ лояльности). Прежде всего стоит отметить, что закрепленные в контракте издержки перехода, о которых мы говорим, – это всего лишь один из видов издержек, хотя и важный. К преобладающим относятся издержки перехода, не отраженные в контракте. Примерами являются: технологическая несовместимость, затраты на переобучение и временные затраты (время, которое требуется, чтобы найти альтернативу и перейти на нее). Кроме того, некоторыми из этих издержек могут управлять, т. е. создавать их, сами поставщики. Данное исследование во многом относится также и к этому виду издержек перехода.

2.2.1. Ограничение выхода с помощью наказания

Самый простой способ ограничить выход – это наложить штраф на выходящего клиента. Такие штрафы широко применяются на многих потребительских рынках³. Стандартный контракт на услуги мобильной связи включает условие, ограничивающее выход в течение двух лет с постепенно снижающейся шкалой выплат за досрочное расторжение⁴. Аналогично некоторые ипотечные контракты содержат ШДР.

Еще более явным, хотя и не упоминаемым напрямую, наказанием за выход из контракта является любой запрет на возврат денег за товар или услугу: как неотменимое обязательство платить в течение установленного периода. Так, фитнес-клуб продает годичный абонемент за \$1000, подразумевая (явно или неявно), что обязанность заплатить не зависит от того, сколько раз вы посетили клуб, или от решения бросить через семь месяцев. (Такой контракт известен как *take-or-pay*.) Он не предусматривает явных ШДР. Но оплата услуг, которыми вы не пользуетесь, является, по сути, наказанием за выход. Подписка на журналы, членство в книжных клубах и тому подобное дают скидку за

³ Штрафы за досрочное расторжение в области беспроводной связи будут рассмотрены ниже. Другие примеры включают: Xbox live (URL: www.xbox.com/en-US/Legal/xbox-live-contract-terms); DirecTV (URL: www.directv.com/DTVAPP/content/legal/customer_agreement); фитнес-клубы (см., например, URL: www.joinmysportsclubs.com/join.aspx?club=113); охранные системы (URL: http://www.adt.com/downloads/legal/Contract_Terms_and_Conditions_Non-California_Customers_5401UE04.pdf).

⁴ См. FCC Encyclopedia, Early Termination Fees (URL: <http://www.fcc.gov/encyclopedia/early-termination-fees>).

долгосрочное участие, но требуют от потребителя соблюдать схему take-or-pay либо в отношении объема покупок, либо длительности обслуживания. Тот же результат достигается в случае срочного страхования жизни с фиксированными выплатами. Большой объем выплат в первые годы обслуживания приводит к тому, что позже переключаться на другую страховую компанию становится невыгодно. Выплаты в первые годы служат перекрестным субсидированием для позднейших выплат, и эту субсидию клиент теряет при выходе.

На некоторых продвинутых потребительских рынках ограничение выхода все меньше используется в контрактах, в то время как все большее распространение получает так называемый нулевой контракт⁵. На самом деле это такой же контракт с ограничивающими обязательствами, как и любой другой: потребители обязаны вносить своевременные платежи за услуги, и контракт содержит разделы мелким шрифтом. Поставщики услуг также несут обязательства – в первую очередь предоставлять определенные услуги по установленной цене. Идея нулевого контракта (и он действительно реализует ее эффективно и без обмана) в том, что потребители не привязаны к договору, который их не устраивает. Нет ни долгосрочных обязательств, ни установленных сроков (за исключением, как правило, срока в 1 месяц), а также никаких штрафов и наказаний⁶.

Кроме того, угроза ШРД уменьшается, если конкуренты склоняют потребителей перейти к ним с помощью возмещения ШРД. Например, одна из крупных компаний беспроводной связи предлагает потребителям перейти на их сеть, возмещая все штрафы [4].

⁵ Нулевой контракт предлагают, например, фитнес-клубы и провайдеры охранных систем. См., например, URL: www.absolutefitness.com/2012/05/no-contracts-on-open-gym-memberships/ (фитнес-клуб); www.pointalarm.com/commitment.asp (охранные системы). Также нулевой контракт предлагают телекоммуникационные компании и интернет-провайдеры, например, URL: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052748704895204575320700280294646>

⁶ В области беспроводной связи существует два типа нефиксированных контрактов: обслуживание на месяц без возможности апгрейда и нулевой контракт, позволяющий потребителям проводить апгрейд чаще, чем стандартный двухлетний период. В частности, Verizon Edge, AT&T Next, и T-Mobile Jump предоставляют эти расширенные возможности. См. [6].

2.2.2. Ограничение выхода с помощью поощрения

Очевидно, что ШДР делают выход менее привлекательным. Другой, менее явный, способ предотвратить выход из контракта – это вознаграждать за невыход с помощью предусмотренных договором поощрений. Рассмотрим программы лояльности, которые вознаграждают потребителей за повторные покупки бесплатными перелетами, скидками в отелях, возвратом наличных и т. п. Потребитель, переключившийся от поставщика А к поставщику Б, возможно, получает выгоду, например, более низкую цену или лучшее качество, но он также терпит убытки в форме потерянных бонусов за лояльность. Поощрение за невыход эквивалентно наказанию за выход, в том смысле, что оно создает тот же разрыв между преимуществами продолжения и разрыва контракта.

В то время как стратегии ограничения выхода, основанные на наказании, теряют популярность, программы лояльности набирают ее. В 2012 г. в США действовало более 2,5 миллиарда индивидуальных программ лояльности; больше всего их было в области финансовых услуг (548 миллионов) и авиаперелетов (371 миллион) [5, примеры 1 и 4].

ШРД воспринимаются как наказание и отвергаются, тогда как программы лояльности вызывают одобрение. Компании не склонны афишировать свои «самые высокие штрафы за выход», но очень громко рекламируют «лучшие программы лояльности». Во многих областях – от страховых компаний до казино – предлагаются скидки и бонусы постоянным клиентам. Ограничение выхода с помощью вознаграждения находится на пике популярности.

3. СВОБОДНЫЙ ВЫХОД ИЛИ ОГРАНИЧЕНИЕ ВЫХОДА: ТЕОРИЯ

Начнем рассмотрение влияния свободного выхода на благосостояние потребителя и на общую эффективность с явления, которые мы называем «инвариантным результатом». Основная идея состоит в том, что при определенных условиях свободный выход из контракта не имеет значения для клиента, потому что он полностью отражен в других его положениях. Эта идея является критерием для последующего анализа; затем мы одно за другим отбрасываем инвариантные допущения, показываем благотворный эффект свободного выхода и доказываем, что он является мощным инструментом защиты прав потребителя.

3.1. Эталонный инвариантный результат

Приведем простой пример. Два продавца, А и Б, предлагают идентичный товар. Имеется два периода времени, и в течение каждого периода отдельный покупатель желает купить по одной единице товара. Цена на товар может колебаться как у разных продавцов, так и в течение времени. Предположим, что между продавцами существует ценовая конкуренция, все обладают полной информацией, в течение периодов скидки не предоставляются.

После того как покупатель выбрал продавца на период 1, существуют три возможности:

Свободный выход – в конце периода 1 покупатель может перейти к другому продавцу безо всяких затрат.

Ограничение выхода с помощью наказания – покупатель может перейти к другому продавцу в конце периода 1 только после оплаты установленного в контракте штрафа в пользу продавца периода 1.

Ограничение выхода с помощью поощрения – покупатель может перейти к другому продавцу в конце периода 1, но утратить право на вознаграждение за лояльность.

Предположим, что оба продавца могут предложить каждую единицу товара за \$100. Рассмотрим все возможности по порядку. Примем затраты на переход за \$20, в форме штрафа за выход или упущенной выгоды от программы лояльности.

Свободный выход. Конкуренция между продавцами приведет к тому, что в каждый период установятся цены, равные удельной цене, т. е. \$100. Поскольку в период 2 покупатель может без потерь перейти к другому продавцу, ни один продавец не сможет установить цену выше \$100 в этот период (а также установить цену ниже, что приведет к убыткам). Ожидая отсутствие дополнительной прибыли в период 2, цены в период 1 должны покрывать стоимость в период 1, т. е. \$100, а конкуренция – сдерживать цены. Следовательно, оба продавца установят цену в \$100 на период 1. Покупатель может остаться у первого поставщика или переключиться на другого в конце периода 1. Общая сумма, выплаченная покупателем за два периода, составит \$200.

Ограничение выхода с помощью наказания. Начнем с рассмотрения периода 2, если в период 1 покупатель покупал у продавца А. Если он перейдет к продавцу Б, то должен будет выплатить штраф в размере \$20. Продавец Б может попытаться убедить покупателя перейти к нему, но он не может предложить цену ниже \$100

(убыток продавца Б в период 2 не будет возмещен, поскольку период 2 считается последним). Понимая это, продавец А может назначить во втором периоде цену в \$120 без риска потерять клиента, и прибыль составит \$20. Теперь рассмотрим период 1: оба продавца будут пытаться привлечь покупателя и заработать \$20. Для этого им придется установить в периоде 1 цену ниже себестоимости. Оба продавца установят цену в \$80 – их себестоимость за период 1 в \$100 минус ожидаемая прибыль в периоде 2. Покупатель останется с тем же продавцом и заплатит \$80 и \$120 в 1-м и 2-м периодах соответственно, т. е. \$200 за все время. Из-за издержек переключения продавец периода 1 имеет фактическое преимущество на рынке, которое он использует, поднимая цены в периоде 2 и получая прибыль в \$20. Однако эта прибыль полностью перекрывается сниженной ценой в период 1. (Наш анализ ситуаций с ограничением выхода здесь и далее основан на [7].)

Ограничение выхода с помощью поощрения. Вознаграждение за лояльность можно рассматривать как наказание за выход с помощью утраты выгоды; выходя из отношений, клиент теряет вознаграждение за лояльность. Однако экономический анализ программ лояльности как механизма удержания клиента отличается от экономического анализа ограничения выхода с помощью штрафов. Главное отличие состоит в том, что программы лояльности оплачиваются по равновесной траектории, а штрафы за выход – нет. Рассмотрим сначала программы лояльности, не предполагающие вступительного взноса. Например, многие авиалинии предлагают бесплатно вступить в их программы лояльности. Рассмотрим период 2, если в периоде 1 клиент совершил покупку у продавца А. Продавец Б предлагает цену \$100. Чтобы удержать клиента, продавец А должен предложить номинальную цену не выше \$120, т. е. с учетом скидки за лояльность в \$20 эффективная цена в период 2 не превысила \$100. Возвращаясь к периоду 1, поскольку продавец А ожидает нулевую прибыль в период 2, цена в период 1 будет равна удельной стоимости в \$100.

Этот простой пример приводит к нескольким интересным выводам. Во-первых, заметим, что суммарная цена во всех случаях одинакова – \$200 и равна себестоимости за два периода (2 x \$100). Следовательно, для клиента нет разницы между тремя типами ситуации. Это эталонный инвариантный результат. В случае ограничения выхода с помощью наказания инвариант возникает благодаря тому, что любое влияние на рынок в период 2

полностью предопределено периодом 1. Поскольку скидка в период 1 возникает напрямую из потенциальной прибыли в период 2, ее размер будет в точности равняться величине прибыли. Каждый доллар прибыли, который продавец сможет извлечь в период 2, благодаря ограничениям выхода для клиентов, на доллар увеличивает скидку, которую продавец готов сделать в период 1, чтобы привлечь покупателей. В случае ограничения выхода с помощью поощрения общая сумма также составит \$200, но эффективная цена за каждый период равняется \$100, как и в случае свободного выхода.

Во-вторых, хотя общая сумма за два периода остается постоянной во всех случаях, ограничение выхода имеет значение, потому что в этом случае, будь то ограничение с помощью наказания или поощрения, клиент покупает только у одного продавца. В случае с наказанием цена растет с течением времени. Это часто наблюдается на рынках, где переход связан с издержками. Продавцы активнее борются за покупателя «на входе», предлагая скидки, привлекательные тарифы, подарки за подключение или бесплатные опции. После того как покупатель связан обязательствами, наступает пресловутый «период 2» – продавцы поднимают цены и увеличивают свою прибыль за период. Разница между ценами в периодах 1 и 2 определяется исключительно перераспределением издержек.

Инвариантный результат достаточно надежен [8]. В частности, он действует, когда стороны дают скидки на будущие выплаты, и тогда, когда мы рассматриваем более двух периодов. Ниже будут рассмотрены ситуации, когда иррелевантный результат нарушен и ограничение выхода ухудшает положение. Это ухудшение возникает из-за тех двух эффектов, о которых мы сейчас упоминали, – колебания цены и невозможности выхода. Но сначала прокомментируем проблему обязательств: почему продавец не может закрепить в контракте фиксированные цены на период? Почему продавец в нашем примере не может установить цену в \$100 в каждом из двух периодов? При наличии такого обязательства инвариантный результат превысит общую цену в сторону цен за оба периода во всех трех случаях⁷.

⁷ В основном примере продавец может придерживаться любой пары цен, которая в сумме составляет \$200, т. е. [\$100, \$100], [\$80, \$120] или [\$120, \$80]; когда мы рассмотрим искажения, возникающие при отклонении от ценовой схемы [\$100, \$100], станет понятно, что продавец предпочтет придерживаться схемы [\$100, \$100].

Обязательство на самом деле возможно, и мы наблюдаем это на потребительских рынках. Например, провайдеры беспроводной связи придерживаются фиксированной ежемесячной оплаты⁸. Однако возможности продавцов придерживаться своих обязательств ограничены. Во-первых, продавцы могут взимать дополнительные платежи в период 2. Например, это могут быть штрафы за просрочку платежа, за превышение неких ограничений, за недостаток средств на счете, оплата роуминга, комиссия за предоплату наличными и т. д. [9, 10]⁹. Во-вторых, перенося центр внимания с цен на качество, продавцы могут понизить качество товаров и услуг во второй период. Поскольку качество зачастую труднее измерить, чем цену, в контракте труднее отразить обязательства по критериям качества [7, Sec. 2.3.2]. Очевидно, что повышение оплаты и снижение качества – это важнейшие проблемы защиты прав потребителей, и решить эти проблемы может свободный выход из контракта. Для этого необходимо изучить последствия несовершенства контрактных обязательств.

3.2. Издержки ограничения выхода

Анализ в разд. 3.1 показал, что условия контракта не влияют на общую сумму, оплачиваемую покупателями, а значит, не должны влиять на их благосостояние или размещение средств. Как всякий инвариантный результат, его полезно рассматривать

⁸ Еще один интересный пример, когда закрепление обязательств оказывается возможным, это ограничение выхода с помощью поощрения. Оно не относится к примерам, описанным выше, где никаких обязательств не предполагалось. Мы говорим о другом типе программ лояльности, а именно со вступительным взносом. Например, кредитная карта выдается при условии оплаты вступительного взноса за участие в программе лояльности. В основном примере цена за период 1, включая вступительный взнос, составит \$120. В периоде 2 оплата с учетом вознаграждения за лояльность в размере \$20 составит \$80. Такие программы основаны на обязательстве продавца установить цену ниже себестоимости в периоде 2. При отсутствии обязанности продавец А установит эффективную цену в \$100 за период 2 (как это происходит в программах лояльности без обязательств). И, имея в виду цену \$100 в период 2, продавец А не сможет установить завышенную стоимость в \$120 в период 1. Интересно, что программы лояльности со вступительным взносом приводят к противоположному профилю цен по сравнению с ситуацией ограничения выхода с помощью наказаний.

⁹ С другой стороны, наблюдается также тенденция упрощения ценообразования и уменьшения штрафов. См. [10, ch. 2] (обсуждение работы Citi's «Simplicity Card»).

не в качестве эмпирического прогноза, а скорее как начальную точку для дальнейшего изучения причин, по которым различия в условиях контракта все же имеют значение. Такое исследование показывает, что ограничение выхода потенциально ущемляет клиента.

Дальнейший анализ включает три стадии. Сначала мы показываем несостоятельность предположения о совершенном прогнозе, которое лежит в основе рассуждения об инвариантном результате. Если мы отказываемся от смелого предположения о рациональном выборе, то ограничение выхода приводит к краху рынка. Затем мы показываем, как неблагоприятные последствия этого падения рынка усугубляются, когда мы отказываемся от дополнительных упрощений эталонного анализа, заключающихся в том, что качество неизменно, а продавцы идентичны. Наконец, мы рассматриваем другой тип краха рынка – угрозу конкуренции, которая возникает, когда эталонный анализ позволяет эндогенный вход на рынок.

3.2.1. Информация и рациональность

Основная угроза эффективности возникает из-за несовершенства предвидения потребителей. Вспомним, что ограничение выхода с помощью ШДР приводит к повышению цен в периоде 2 (либо снижению качества) плюс к штрафам за выход. Потребители, способные к совершенному предвидению, понимают это. Наступление периода 2 не открывает для них ничего нового. С их точки зрения, это всего лишь перераспределение денежных потоков, которое не влияет на экономическое поведение. Это инвариантный результат. В реальности нечасто можно встретить потребителя, который идеально информирован и способен предсказать изменение цен. На таких рациональных потребителей не производят сильного впечатления временные выгоды контрактов с ограничением выхода¹⁰.

Можно выделить по крайней мере три ошибочных предположения потребителей. Во-первых, потребители могут недооценивать издержки перехода или переоценивать выгоды отказа от перехода. Отраженные в контракте наказания часто недооцениваются, потому что не подчеркиваются при заключении контракта. Ин-

формация о штрафах дается мелким шрифтом, который потребители не читают. И, наоборот, преимущества лояльности – другой тип издержек перехода – часто переоцениваются, поскольку о них громко провозглашает реклама. Обе причины усиливают тенденцию потребителей заключать контракты с ограничением выхода.

Во-вторых, потребители могут не понимать связи повышения цены с ограничением выхода с помощью наказания, особенно если цена устанавливается в виде сложной многофакторной формулы, включающей множество отдельных выплат¹¹. Кроме того, потребители часто не видят границы между периодами 1 и 2, так как продавец не афиширует ее, пока не наступит время первого – взрослого – счета в периоде 2 (отсюда разговорное выражение «шок от счета»)¹². Противоположность повышению цен – снижение качества – также может недооцениваться покупателями. Аналогичным образом потребители могут предвкушать вознаграждение за лояльность, не обращая внимания на повышение цен на пути к нему.

В-третьих, потребители могут недооценивать свои потенциальные возможности в течение периода 2. Они могли бы получить большие выгоды от перехода

¹¹ Когда потребитель полностью рационален, повышение цен происходит только в случае ограничения выхода с помощью наказания. Когда потребитель не полностью рационален, повышение цен происходит также в случае ограничения выхода с помощью поощрения. В последнем случае увеличение эффективной цены происходит за счет завышенной оценки обещанного вознаграждения за лояльность. Такие обещания часто сопровождаются множеством ограничений, указанных мелким шрифтом: вспомните об ограничении вылета в определенные дни для постоянных пассажиров авиалиний или о сроках действия купонов. Потребители часто недооценивают такие ограничения, таким образом переоценивая ценность вознаграждения за лояльность. В первом примере номинальное повышение цены в периоде 2 в точности соответствовало величине вознаграждения за лояльность. Если потребители переоценивают ценность обещанного вознаграждения, то возрастание цены в период 2 превысит величину вознаграждения. Итоговая прибыль в период 2 повлечет за собой снижение цены в период 1, как показано в случае ограничения выхода с помощью наказания.

¹² По данным FCC, 30 миллионов американцев – каждый шестой пользователь мобильного телефона – испытывали «шок от счета», т. е. внезапное повышение ежемесячного платежа, которое не было вызвано изменением плана обслуживания. Почти половина пользователей мобильных телефонов и почти две трети пользователей широкополосных каналов связи, которые заключили контракты с ШДР, не знают размера штрафа, который они потенциально должны заплатить. См. [12].

¹⁰ Сходным нарушением восприятия потребителей является переоценка ими выгод свободного выхода, когда они не осознают, что он не исключает других издержек перехода, не отраженных в контракте. Ср. [11].

на продукты и технологии, которые в период 1 еще не существовали. Если потребители недооценивают скорость технологических изменений или условий рынка, либо изменений в их собственных предпочтениях, то они будут недооценивать и выгоды от возможности перехода, а значит, и существующие ограничения выхода. Например, заемщики, которые соглашаются на штрафы за досрочное погашение – даже те из них, кто понимает значение этого условия, – могут не осознавать всех экономических издержек от невозможности рефинансирования.

Ошибочные представления об ограничении выхода не всегда вредят потребителям. Например, потребитель может понять издержки ограничения и согласиться с ними (подробнее об этом ниже). Кроме того, конкуренция между продавцами может сделать нерациональный выбор более выгодным. Вспомним первый пример, когда на продукт стоимостью \$100 цена поменялась с \$80 до \$120 за счет штрафа за выход в размере \$20. Потребители получают значительное повышение цен в периоде 2, но даже если бы они предвидели его, они не обязательно отказались бы от такого контракта. Возможно, они и были разочарованы, но все равно поступили бы так же, и их не расстроит тот факт, что они не могли предвидеть изменений.

В других случаях, однако, нерациональные предположения потребителей воспринимаются ими как ущерб и приводят к неэффективным сделкам. Предположим, что потребитель не знает о штрафе за выход в размере \$20, ошибочно считая, что это \$0. Тогда он не сможет предвидеть повышения цены в период 2. Теперь предположим, что из-за этого повышения плохо информированный потребитель получает переплату в период 2, которую рациональный потребитель предвидел (и учел в период 1). Например, предположим, что цена продукта для потребителя составляет \$95. Продавец устанавливает цену в \$80 за период 1 и \$115 за период 2¹³. Доверчивый потребитель делает покупку в период 1 и желает разорвать контракт в период

2. Он сэкономит \$15 в период 1, но потеряет \$20 на штрафе за выход в период 2. Общий баланс составит -\$5. Частные убытки оборачиваются убытками для общества в целом из-за неэффективной покупки товара стоимостью в \$95 за \$80 в период 1. Конкуренция между компаниями не устраняет, а может и усугубить данные перекосы, потому что компании конкурируют за привлечение покупателей, даже если они платят меньшую цену.

В целом, поскольку отсроченные и ошибочно воспринимаемые условия контракта с ограничением выхода влекут за собой издержки и расходы, общая стоимость такого продукта или услуги будет недооцениваться. Значит, спрос на эти продукты и услуги будет искусственно завышен: потребители будут покупать продукты и услуги, которые им не следует покупать. Одно из проявлений этого противоречия – чрезмерная увлеченность первоначальными бонусами контрактов с ограничением выхода. Подарки, бесплатное оборудование и множество других бонусов «соблазняют» покупателя, но рациональные потребители часто предпочтут отказаться от этих приманок, так как понимают их истинную цену. Многие из них будут лучше пользоваться своим старым смартфоном, чем обменять его на слегка улучшенную модель с условием продления контракта с ограничением выхода со своим провайдером. Аналогичным образом спрос будет искусственно завышен, если обещанные преимущества вознаграждения за лояльность оказались переоцененными или если потребители недооценили повышение цены, которое предусматривают некоторые программы лояльности.

Ограничение выхода является рациональным ответом продавца на несовершенство предвидения или информированности со стороны покупателя. По сравнению со свободным выходом ограничение выхода предполагает недооценку будущих издержек или переоценку будущих выгод. Таким образом, продукт, предлагаемый при условии ограничения выхода, кажется более привлекательным. Соответственно, продавец, предлагающий свободный выход, проигрывает продавцу, предлагающему контракт с ограничением выхода [10].

3.2.2. Переменное количество и неоднородность сторон

Ущерб от ошибочных представлений потребителя увеличится, если мы откажемся от двух дополнитель-

¹³ Если в период 2 цена превысит \$115, то потребители предпочтут заплатить \$20 штрафа за выход, так как покупка по этой цене превысит ущерб в \$20. Тогда продавец получит штраф за выход в размере \$20. Если в период 2 цена составит \$115 или ниже, то покупатели предпочтут сделать покупку, но прибыль продавца составит максимум \$15.

ных допущений эталонного анализа, а именно, что количество товара фиксированно и что стороны – и продавцы, и покупатели – однородны.

3.2.2.1. *Переменное количество.* Инвариантный результат предполагал, что в каждый период приобретается одна единица товара. На практике количество покупок – это функция от предпочтений покупателя и, что очень важно, от цены товара. Контракты с ограничением выхода могут привести к неэффективному количеству товара. Это относится только к контрактам с ограничением выхода на основе наказания и является следствием повышения цен, которое характерно для таких контрактов. В частности, в таких случаях цена в период 1 низкая, а в период 2 высокая, тогда как контракты двух других типов не предусматривают изменения цен в разные периоды. Такое положение может вести к снижению эффективности. При контракте со свободным выходом и с ограничением выхода на основе поощрения цена в обоих периодах равна. Такое положение ведет к эффективности количества товара. В каждом периоде покупатель приобретет товар тогда и только тогда, когда его выгода превышает цену.

С другой стороны, в случае ограничения выхода на основе наказания более низкие цены в период 1 ведут к чрезмерному количеству товара, а завышенные в период 2 – к неоправданно низкому. Такие перекосы не только приводят к неэффективности, но и наносят ущерб потребителям. Например, высокая цена в период 2 сокращает потребление¹⁴. Кредитные карты с низкими ставками в период 1 могут спровоцировать чрезмерные займы. Идеально информированные и абсолютно рациональные потребители способны предвидеть такие количественные перекосы. Они понимают, что контракты с ограничением выхода, поскольку в них заложено повышение цены, снижают общую ценность их сделок; они будут отказываться от таких контрактов или подстраивать количественные показатели своего потребления, чтобы преодолеть эти перекосы. Например, они осознают, что первоначальные скидки приведут их к покупке товара, который иначе они не могли бы себе позволить, и что позже придется нести дополнительные издержки. Или они могут совершать

¹⁴ Более детальный анализ проблемы количественной неэффективности, а также других издержек ограничения выхода, см. в [8].

более дорогие и менее необходимые покупки, чтобы получить вознаграждение. Доверчивые потребители могут недооценивать издержки таких количественных колебаний и, следовательно, поддерживать необходимую дисциплину потребления и воздерживаться от неэффективных контрактов с ограничением выхода.

3.2.2.2. *Неоднородность продавцов.* Инвариантный результат предполагает, что продавцы идентичны, следовательно, приверженность к любому из них не имеет значения. Если же продавцы неоднородны, ограничение выхода может дорого обойтись. Важное различие между свободным выходом и ограничением выхода – показанное на множестве примеров, в том числе с инвариантностью цены, – это «лояльность» покупателя одному продавцу, т. е. отсутствие перехода при равновесии. При эталонном анализе это было несущественно, так как предполагается, что продавцы однородны, т. е. удельная себестоимость и удельная выгода для покупателей одинаковы, независимо от продавцов и периода. В реальности такое свойство идентичности может привести к неэффективности. Эмпирически понятно, что в динамических конкурентных рынках продавцы постоянно улучшают свой товар и предлагают его более высокого качества или по более низкой цене. Таким образом, качество и цена товара будут отличаться у разных продавцов и в течение времени. Качество товара может и снижаться. Лояльность, на которую влияют и издержки перехода, уменьшает вероятность того, что покупатели перейдут на более качественный, инновационный продукт или перестанут покупать дешевый товар. Такое явление мы называем отклонением негибкости. Отметим, что эта проблема относится к ограничениям выхода как с помощью наказания, так и с помощью поощрения.

Отклонение негибкости сдерживает выгодные переходы и уменьшает общую ожидаемую ценность сделки. Как и при переменном количестве, отклонение негибкости не имеет большого значения, если покупатели способны предвидеть последствия. Если продавцы неоднородны и ограничение выхода может предотвратить переход к более привлекательному продавцу, продвинутый покупатель понимает, что контракт с ограничением выхода уменьшает общую ожидаемую ценность сделки, и воздерживается от заключения такого контракта. Если покупатели предвидят потенциальные издержки контракта с ограничением выхода, они будут требовать свободного выхода

(или более крупные скидки за ограничение выхода, которые продавцы сделать не могут). Но когда менее продвинутый покупатель недооценивает отклонение негибкости, такое уравнивающее давление со стороны спроса не может предотвратить появление затратных контрактов с ограничением выхода.

3.2.2.3. Неоднородность покупателей. Предположим, что ущерб от контракта с ограничением выхода различен для разных покупателей. Одни клиенты ценят гибкость и возможность перейти от одного поставщика к другому, другие – привычки и не стремятся часто менять их. В идеале первые будут чаще выбирать контракты со свободным выходом, чем вторые, отказываясь от первоначальных скидок или наград за лояльность, присущих контрактам с ограничением выхода.

Возможно, однако, что преобладание контрактов с ограничением выхода сокращает возможности потребителей выбирать свободный выход. Представим поставщика, предлагающего хорошие бонусы за лояльность. Выше мы показали, что даже в отсутствие какого-либо несовершенства рынка ценность бонуса полностью перекрывается более высокой ценой. В нашем эталонном анализе потребители, участвующие, например, в программе поощрения авиакомпании, платят более высокую номинальную цену за отдельную сделку, возмещая эти дополнительные платежи через бонусы по программе лояльности. Потребители, не вступившие в программу лояльности, платят меньше и не получают бонусов. Если потребители рациональны и хорошо информированы, поставщики перераспределяют уровень цен между ними на основе их членства в программах лояльности, и клиенты сами выбирают между свободным выходом и ограничением выхода.

Однако, как мы видели, многие потребители не являются рациональными и хорошо информированными, поэтому такое эффективное сегментирование рынка не всегда отражается на практике. Если в программе лояльности участвует множество потребителей и поставщики хотят побудить еще больше клиентов участвовать в ней, то они могут предложить одинаковую цену независимо от членства в программе. Например, авиалинии или отели не устанавливают более высокую цену для клиентов, которые не участвуют в программе лояльности. Единые цены отражают ожидаемые бонусы, на которые потребители имеют право. Одинаково высокие цены

могут устанавливать как авиакомпании с щедрой программой лояльности для постоянных клиентов, так и авиакомпании с высоким вступительным взносом. Например, если 80 % клиентов авиакомпании подписаны на программу лояльности, а каждый перелет дает право на бонус в размере \$100, то единая цена будет на \$80 (80 % x \$100) выше, чем цена авиакомпании без программы лояльности. Потребители, предпочитающие контракты со свободным выходом и более низкие цены за отдельный перелет, могут летать более дешевыми авиакомпаниями, где бонусы и вступительные взносы ниже, но у них будет ограниченный выбор. Ограничение выхода, особенно с помощью поощрений, перекладывает издержки на тех потребителей, которые ценят гибкость, а не бонусы за лояльность, т. е. на тех, кто предпочитает контракты со свободным выходом.

3.2.3. Эндогенный вход

Инвариантный результат, рассмотренный в разд. 3.1, основывался на еще одном упрощении: количество продавцов определяется внешними факторами. Но продавцы могут вступать на рынок и выходить из него, а интенсивность конкуренции может зависеть от условий контрактов [13]. Делая переход к новому поставщику более сложным для клиента, контракты с ограничением выхода – как с помощью наказания, так и с помощью поощрения – делают вступление на рынок менее выгодным. В результате ограничение выхода помогает поддерживать олигопольные рынки и лишает потребителей преимуществ более интенсивной конкуренции [7, Sec. 2.7]. Эти эффекты были хорошо изучены на примере рынка авиаперевозок. Программы для постоянных клиентов – аналог программ лояльности, помогающие крупным авиакомпаниям занимать ключевые аэропорты, где их доминирование не позволяет выйти на рынок потенциально более эффективным конкурентам. Затем доминирующая авиакомпания может устанавливать высокие цены, от чего страдают потребители [14, 15, 16].

Такой сдерживающий эффект вступления на рынок и конкуренцию действует даже тогда, когда потребители рациональны и хорошо информированы. Продвинутый потребитель может отлично понимать, что контракт с ограничением выхода не позволит более эффективному поставщику вступить в рынок в период 2. Но тот же потребитель понимает, что его

индивидуальный отказ от контракта с ограничением выхода не окажет значимого влияния на возможность вступления на рынок для эффективного конкурента. Проблема здесь заключается в одном из видов экстерналий или коллективной деятельности, а не в несовершенстве информации или рациональности.

3.3. Эффективность инвестиций

Ценность продукта или услуги во многом определяется инвестициями, которые поставщик вкладывает в их улучшение. Провайдеры кабельных сетей могут повысить ценность своих услуг, инвестируя в более качественный и разнообразный контент или в широкополосную инфраструктуру, а провайдеры беспроводной связи – вкладываясь в создание сети или строительство вышек. Спутниковому телевидению поможет установка дополнительных антенн. Фитнес-клуб может инвестировать в новое оборудование. Если свободный выход должен служить средством защиты прав потребителя, то он должен способствовать вложениям, которые поддерживают или улучшают качество продукта. Так ли это на самом деле? Как свободный выход, в сравнении с ограничением выхода, способствует эффективным инвестициям?

Базовое, эмпирическое умозаключение может быть следующим: ограничение выхода гарантирует поставщику более длительное действие контракта, а значит, и больший возврат инвестиций. В результате ограничение выхода должно быть связано с большим объемом инвестиций и более высоким качеством продукта. Это умозаключение оказывается ошибочным, так как не учитывает более тонкого эффекта: при свободном выходе, несмотря на потенциально более короткий срок отношений, поставщик имеет дополнительный стимул для инвестиций – удержать клиента. Не полагаясь на штрафы за выход из контракта, он вынужден улучшать качество продукта, чтобы убедить клиента остаться.

В предыдущих исследованиях [8] мы показали, что нельзя утверждать, что поставщики будут инвестировать меньше при условии свободного выхода. Ограничение выхода заставляет клиента оставаться с данным поставщиком на более долгий период. Но при свободном выходе потребитель может добровольно остаться на более долгий период. При равновесии поставщики контрактов со свободным выходом инвестируют в качество, и потребители остаются с ними дольше, чем на один период (таким образом оправды-

вая инвестиционные затраты). Когда стратегическая мотивация поддержания удовлетворенности клиентов сильна, инвестиции при условии свободного выхода превышают инвестиции при условии ограничения выхода. Этот результат отражает одну из основных характеристик свободного выхода как инструмента защиты прав потребителя: способность уменьшить низкое качество.

3.4. Сигнальное устройство

До сих пор мы по умолчанию считали, что покупатели осведомлены о качестве предлагаемого продукта¹⁵. На многих потребительских рынках это допущение нереалистично. Потребители осведомлены о качестве товара лишь в ограниченной степени. Рассмотрим качество беспроводной связи (качество приема). Провайдер разбирается в нем, но потребители в целом имеют слабое представление. Поставщики продукта высокого качества (тип В) желают сообщить о нем потребителям. Но простое заявление «Наш продукт высокого качества» никого не убедит. Любой поставщик, включая поставщика продукта низкого качества (тип Н), может сделать такое заявление (закон против недостоверной рекламы (США. – Прим. ред.) не может искоренить все такие попытки). Поэтому В-поставщикам необходимо средство, надежно доказывающее высокое качество их продукта. При этом оно должно быть защищено от использования Н-поставщиками.

Таким инструментом является контракт со свободным выходом¹⁶. В-поставщик знает, что если потребитель купил его продукт в период 1, то он будет доволен его качеством и купит его также в период 2. Ограничения выхода не требуется. Н-поставщик, наоборот, предвидит, что потребитель будет недоволен качеством и, в отсутствие ограничения выхода, перейдет к другому поставщику в период 2. Такой дифференцирующий эффект права свободного выхода

¹⁵ Мы делали допущение о несовершенстве информации и даже о предвзятом восприятии касательно условий контракта. См. выше разд. 3.2.

¹⁶ Другие положения контракта выполняют сходную сигнальную роль. Например, производители автомобилей предлагают дорогостоящее гарантийное обслуживание, чтобы показать, что они уверены в высоком качестве своей продукции. См. [17]. Продавцы также могут предлагать контракты с условием значительных выплат в случае дефектов продукта, подчеркивая низкую вероятность таких поломок. См. [18].

в случае поставщиков В и Н типов делает это право надежным сигналом качества. Только В-поставщик предложит свободный выход.¹⁷

Результатом станет сигнальное равновесие: вместо того чтобы просто заявить о высоком качестве своего продукта, В-поставщик подкрепит его условием свободного выхода. Теперь, когда они могут надежно заявить о высоком качестве своего продукта, можно обоснованно устанавливать на него более высокую цену.

Некоторые потребители будут платить эту цену; другие предпочтут более низкое качество и более низкую стоимость продукта, предлагаемого Н-поставщиком¹⁸.

Сигнальное равновесие демонстрирует интересную особенность: когда потребитель хочет выйти из контракта или перейти к другому поставщику из-за низкого качества продукта, ограничение выхода не позволяет ему этого сделать. Но когда потребитель удовлетворен высоким качеством продукта и не хочет прерывать контракт, контракт В-поставщика со свободным выходом позволяет ему выход.

3.5. Выводы

Подведем итоги нашей дискуссии по экономическим характеристикам контракта со свободным выходом. Парадоксальным выводом из нашего анализа стал иррелевантный результат: на первый взгляд, контракты с ограничением выхода, будь то с помощью наказания или поощрения, безвредны, влияют как максимум на цены внутри периодов, но не затрагивают общую цену за несколько периодов. Наш последующий анализ показал, что ущерб вызывается перераспределением издержек и выгод между периодами времени, возникающими вследствие условия ограничения выхода, а также ошибочными представлениями из-за такого перераспределения. Кроме того, ограничение выхода затрудняет вступление на рынок, подавляя конкуренцию и инновации.

¹⁷ Что произойдет, если Н-поставщики попытаются притвориться В-поставщиками и предложат свободный выход? Н-поставщики столкнутся с более частными случаями выхода, и их доля рынка понизится. Следовательно, в долгосрочной перспективе только В-поставщики будут предлагать свободный выход.

¹⁸ Некоторые из несовершенного рациональных потребителей также будут покупать у Н-поставщиков из-за недооценки издержек ограничения выхода. См. выше разд. 3.2.

Кроме того, наш анализ инвестиционной эффективности показал сдерживающее влияние выхода из контракта; угроза выхода заставляет поставщика быть честным и поощряет поддерживать и повышать качество своей продукции. Наконец, свободный выход дает возможность поставщикам качественной продукции ответственно заявить о ее ценности и отделить себя от конкурентов с низким качеством продукции.

В нашем анализе особое внимание уделялось издержкам ограничения выхода. Эти издержки, однако, не являются неизбежными и не наблюдаются на всех рынках и относительно всех потребителей. Также не все потребители страдают от недостатка информированности или рациональности, что не позволяет оценить ущерб от ограничения выхода. Действительно, как будет показано ниже, потребители становятся все более продвинутыми в своих представлениях о выгоде свободного выхода и издержках ограничения выхода из контракта. Аналогичным образом риск того, что контракты с ограничением выхода затрудняют эффективное вступление на рынок новых поставщиков, относится к некоторым рынкам, но не ко всем.

Анализ проливает свет на недавнее широкое распространение свободного выхода как условия контракта. Когда потребители недооценивали издержки ограничения выхода, особенно ограничения с помощью наказаний, продавцам было выгодно заключать такие контракты, получая прибыль с потребителей, которые не могли разорвать контракт. Положение изменилось, когда потребители осознали бремя этих контрактов – повышение цен, штрафы за выход, дорогостоящее отсутствие гибкости. В результате потребители стали гораздо осторожнее относительно краткосрочных выгод и ограничения выхода взамен.

Это, в свою очередь, вынудило поставщиков использовать контракт со свободным выходом (часто под лозунгом нулевого контракта) в качестве скрепляющего механизма – обязательства поддерживать высокое качество и избегать эксплуатации потребителей, а также в качестве сигнального устройства для поставщиков высококачественной продукции.

В то время как ошибочные представления о контракте с ограничением выхода с помощью наказания постепенно исчезают, этого нельзя сказать о контракте с ограничением выхода с помощью поощрения. Издержки перехода, на которые опираются программы лояльности, менее явные – это скорее издержки

упущенной выгоды, чем прямые выплаты; именно поэтому многие потребители продолжают недооценивать ущерб от ограничения выхода. Потребители знают много о штрафах за досрочное расторжение и относительно мало об издержках программ лояльности – это еще одна причина, почему эти две схемы по-разному воспринимаются при оценке издержек перехода. Штрафы воспринимаются как убыток, а бонусы за лояльность – как выигрыш. А как известно, убытки всегда кажутся больше, чем выигрыш [19].

Вступая в программу, чтобы получить баллы за пребывание в отеле, авиаперелет или аренду машины, потребители представляют себе выгоды, которые они получают, при этом считая, что все остальные условия равны. Они часто упускают из виду, что прочие условия не равны – например, цены выше или нельзя выбрать более выгодную альтернативу. И спустя время поток бонусов заставит не думать об издержках, связанных с ограничением выхода¹⁹. Неудивительно, что тенденция свободного выхода сопровождается уменьшением количества контрактов со штрафами, а не с программами лояльности. Тем не менее стоит заметить, что по крайней мере некоторые программы лояльности становятся менее щедрыми [20, 21]. Хотя считается, что такое сокращение неблагоприятно для потребителей, наш анализ доказывает обратное. Уменьшение бонусов за лояльность сокращает скрытые издержки контрактов с ограничением выхода, давая потребителям защиту в виде свободного выхода.

4. ЗАКОН СВОБОДНОГО ВЫХОДА ИЗ КОНТРАКТА

Мы показали, что ограничение выхода может нанести ущерб потребителям и общественному благу. Этот ущерб объясняет пристальное внимание закона к некоторым формам контрактов с ограничением выхода. Суды рассматривают штрафы за досрочное расторжение контракта – основное условие контрактов с ограничением выхода с помощью наказаний – как

потенциально незаконные оплаченные убытки в рамках общего закона «О наказаниях» и федеральных и региональных законов о защите прав потребителей (США. – Прим. ред.). Использование штрафов за досрочное расторжение на некоторых потребительских рынках было ограничено как на уровне законодателей, так и судов. (В некоторых случаях при оспаривании ограничений выхода может также использоваться антитрестовый закон.)

Законы, регулирующие наказания за выход, рассматриваются в разд. 4.1. Раздел 4.2 дает оценку законодательства в свете теоретических положений, разработанных в разд. 3. Мы считаем, что использование закона «О наказаниях» в отношении ШДР является полностью ошибочным. Раздел 4.3 показывает, что условия выхода более явно прописываются в контрактах, а поставщики отвечают на запрос о свободе выхода со стороны информированных клиентов. Тенденция свободного выхода, которая во многом является добровольным ответом рынка на возросшее понимание потребителями издержек ограничения выхода, сокращает необходимость во вмешательстве закона. Фактически обязательное право выхода уменьшит возможности потребителей выбирать между более или менее выгодными вариантами выхода из контракта.

Существует, однако, важное препятствие на пути к такому светлому будущему: это программы лояльности. Как мы уже видели, это своего рода закрепленные в контракте издержки перехода, которые также ограничивают для потребителя выход из контракта, но без соответствующей негативной окраски. По этой причине программы лояльности продолжают пользоваться популярностью, несмотря на то, что контракт со свободным выходом отвечает неприятию клиентов контрактов с ШДР. Что касается вмешательства закона, то, как ни парадоксально, ему, возможно, следует сфокусироваться на программах лояльности, которые так нравятся клиентам, а не на всем ненавистных штрафах за досрочное расторжение.

4.1. Незаконный оплаченный ущерб

Ограничение выхода часто обеспечивается заранее установленным штрафом за досрочное расторжение, который в контрактах обычно именуется ШДР. Договорное право рассматривает ШДР как оплаченный ущерб за нарушение контракта потребителем. Тра-

¹⁹ Некоторые условия «мелким шрифтом» относительно бонусов за лояльность, как, например, ограничение в некоторые дни права на бесплатные мили авиаперелетов, становятся лучше известны потребителям, как через их собственный опыт, так и через рекламу конкурентов. См., например, URL: <http://www.starwoodhotels.com/aloft/hotels/programs/index.html>

диционно такой ущерб оценивается в соответствии с законом «О наказаниях», который позволяет судам применять статьи о превышенном оплаченном ущербе²⁰. Кроме того, местные законы о защите прав потребителей иногда включают специальные запреты против чрезмерного возмещения ущерба (например, California Civil Code § 1671; Ill. Consumer Fraud and Deceptive Practices Act, 815 ILCS 505/2DDD (d)(6)(e)). Федеральное законодательство вводит подобные запреты на определенных рынках, например, на рынке аренды или потребительских кредитов (Federal Consumer Leasing Act, 90 Stat. 257 (15 §§ 1601, 1640, 1667, 1167a to 1667e); Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, Pub. L. 111-203, Sec. 1414).

Основной вопрос, который рассматривает закон «О наказаниях», – является ли ШДР компенсаторным или карательным. Для ответа на этот вопрос методология требует сравнить величину ШДР и потерянную прибыль от досрочного выхода из контракта. Большая часть судебных процессов касалась контрактов в сфере беспроводной связи.

Примерно до 2008 г. типичный контракт в сфере беспроводной связи включал ограничение на выход в течение двух лет и установленный размер ШДР. Обычно ШДР равнялся \$250 независимо от времени досрочного расторжения, будь то первый или последний месяц двухгодичного срока. Фиксированные ШДР в контрактах в сфере беспроводной связи представляли собой легкую мишень в суде. Поскольку убыток провайдера от досрочного расторжения контракта представляет собой функцию остатка времени от двухгодичного срока, такие фиксированные ШДР не являлись убедительным обоснованием ущерба. В частности, если расторжение происходит в конце двухгодичного срока, то ШДР, очевидно, будет чрезмерной компенсацией²¹.

²⁰ См. Restatement (Second) of Contracts, Sec. 356 (1981); Uniform Commercial Code, § 2-718. О применении доктрины наказаний к ШДР, см. United Air Lines Inc. v. Austin Travel Corp. 867 F. 2d 737 (2d Cir., 1989).

²¹ См., например, [22]. Компании сотовой связи заявляли, что, хотя реальный ущерб зависел от времени расторжения контракта, даже нижний уровень ущерба превышал установленные ШДР. См. In re Cellphone Termination Fee Cases, 193 Cal App 4th 298, 122 Cal Rptr 3d 726 (2011), reh'g denied (March 24, 2011), review denied (June 15, 2011), cert denied, 132 S Ct 555, 181 L Ed 2d 397 (2011).

При этом суды пытались найти подходящий метод расчета прибыли, потерянной в результате выхода клиента из контракта, – это необходимое условие для оценки законности ШДР. В результате суды обратили внимание на важнейший вопрос: является ли цель ШДР компенсаторной?²² Так, в 2011 г. суд Калифорнии принял решение по делу In re Cellphone Termination Fee Cases (193 Cal App 4th 298, 122 Cal Rptr 3d 726 (2011)) ("Cellphone Cases"), отменив ШДР в контрактах на беспроводную связь Sprint из-за отсутствия компенсаторного назначения этих штрафов. Опираясь на внутренние переговоры между сотрудниками Sprint, суд обнаружил, что назначением ШДР было уменьшение так называемого коэффициента текучести – доли клиентов, досрочно разрывающих контракт, а не покрытие убытков от таких досрочных расторжений. Другими словами, суд решил, что ШДР неприменимы в той функции, которую они выполняли, – предотвращения досрочных расторжений, а не компенсации ущерба. Суд счел нерелевантным утверждение Sprint, что ШДР приносят выгоду потребителям, позволяя компании Sprint предлагать низкие ежемесячные тарифы и оборудование со скидкой. ШДР, которые не несут функцию возмещения убытков, являются незаконными.

Практические последствия решений как по данному делу, так и по другим, касающимся ШДР в контрактах в сфере беспроводной связи, ограничены. В ответ на судебные разбирательства по поводу ШДР и под угрозой возможных решений Федеральной комиссии по коммуникациям все крупные провайдеры в США перешли от инвариантным к пропорциональным ШДР – это штрафы, которые уменьшаются в пропорции к оставшемуся сроку контракта.²³ Такие штрафы гораздо сложнее оспорить в рамках закона

²² Центральная роль назначения является в некоторой степени результатом применения законов, специфичных для Калифорнии. См. Hitz v. First Interstate Bank, 38 Cal. App. 4th 274, 289, 44 Cal. Rptr. 2d 890 (Cal. App. 1 Dist., 1995). («Важно не то, что оплаченный ущерб непропорционален ущербу от расторжения, а то, что штраф должен был значительно превысить ущерб, т. е. принести прибыль».)

²³ Контракт с компанией Verizon Wireless устанавливает ШДР в размере \$350, или менее \$10 за каждый полный месяц (URL: [www.verizon-wireless.com/b2c/globalText?textName=CUSTOMER_AGREEMENT&jspName=footer/customer Agreement.jsp](http://www.verizon-wireless.com/b2c/globalText?textName=CUSTOMER_AGREEMENT&jspName=footer/customer%20Agreement.jsp), дата обращения 24.07.2012); контракт с AT&T устанавливает ШДР

«О наказаниях», и, действительно, до сих пор не было судебных решений по пропорциональным ШДР²⁴.

Помимо потребительских контрактов в сфере телекоммуникаций, доктрина оплаченных убытков часто используется для регулирования досрочного расторжения в различных долгосрочных контрактах. Например, в сфере лизинга Федеральный закон о потребительском лизинге запрещает чрезмерную компенсацию оплаченных убытков, пользуясь терминологией, сходной с Общим Законом «О наказаниях» (Pub. L. 94-240, March 23, 1976, 90 Stat. 257 (15 §§ 1601, 1640, 1667, 1167a to 1667e))²⁵. Данный закон с успехом применялся при оспаривании ШДР при лизинге автомобилей. Автомобили быстро теряют товарную стоимость при лизинге. Владельцы пытались доказать, что большую часть ущерба от утраты товарной стоимости автомобиля (или весь ущерб) должны нести те потребители, кто досрочно расторгает контракт лизинга. Некоторые пошли еще дальше, устанавливая ШДР в размере, превышающем общие выплаты по договору лизинга. Суды в основном отменяли ШДР, если обнаруживали, что досрочное

расторжение договора лизинга приносит крупную выгоду владельцу (например, *Mitchell v. Ford Motor Credit Co.*, 702 F. Supp. 2d 1356, 1368 (MD Fla. 2010)).

Как мы видели, некоторые суды отменяют ШДР, если он превышает реальный ущерб или если назначение его не компенсаторное. Другие суды, не желая критиковать контракты с ограничением выхода, отказываются признавать, что ШДР неоправданно завышены или не имеют компенсаторного назначения. Взамен такие суды оспаривают саму классификацию ШДР как оплаченного ущерба. Вместо этого они предлагают считать ШДР «альтернативным образом действий». Имеется в виду, что потребитель может продолжать действовать в рамках контракта, осуществляя ежемесячные платежи, или прервать контракт и выплатить ШДР. При такой интерпретации решение потребителя прервать контракт не считается нарушением, поэтому ШДР не являются оплаченным ущербом²⁶. Некоторые потребительские контракты закрепляют это разграничение и явно указывают, что «ШДР является частью данного соглашения, а не наказанием»²⁷.

Что касается правил на отдельных рынках, то на определенных потребительских рынках законы

в размере \$325, или менее \$10 за каждый полный месяц (URL: <http://www.att.com/shop/legalterms.html?toskey=wirelessCustomerAgreement&>, дата обращения 24.07.2012); Контракт с компанией Sprint \$10 за каждый оставшийся месяц (\$20 за «продвинутое оборудование»), но не более \$200 и не менее \$50 (максимум \$350 и минимум \$100 за «продвинутое оборудование») (URL: http://support.sprint.com/support/article/Learn_about_early_termination_fee/case-sp061027-20110823-171256, дата обращения 24.07.2012); контракт с компанией T-Mobile устанавливает ШДР в размере \$200 за остаток срока более 180 дней, \$100 за 91-180 дней, \$50 за 30-90 дней, \$50 или ежемесячный платеж, считая то, что меньше, за 30 и менее дней (URL: <http://support.t-mobile.com/docs/DOC-2938>, дата обращения: 24.07.2012). См. также [22].

²⁴ Кроме того, было оспорено, что закон штата, включая ограничения величины оплаченного ущерба, противоречит Федеральному закону о коммуникациях, запрещающему штатам регулировать тарифы на беспроводную связь. Раздел 332 данного федерального закона, 47 USC 151-615(b) (2006) устанавливает, что «никакой штат или местное правительство не имеет полномочий устанавливать тарифы на коммерческие услуги мобильной связи или частного провайдера мобильной связи, однако данный параграф не запрещает регулирование других условий предоставления коммерческих услуг мобильной связи».

²⁵ По этому закону оплаченный ущерб допускается только при условии его «разумности», с учетом 1) ожидаемого или реального ущерба, 2) невозможности доказать убытки и 3) невозможности получить адекватную компенсацию другим способом. См. 15 USC § 1667b(b).

²⁶ См., например, *Hutchison v. AT&T Internet Services, Inc*, CV07-3674 SVW (JCX), 2009 WL 1726344 (CD Cal May 5, 2009) *affd sub nom Hutchison v. Yahoo! Inc.*, 396 F App'x 331 (9th Cir., 2010) ("настоящая функция ШДР не наказание, а альтернативный способ ведения бизнеса"); *Minnick v. Clearwire US, LLC*, 683 F. Supp. 2d 1179, 1184 (W.D. Wash. 2010) (там же); *Schneider v. Verizon Internet Services, Inc.*, 400 F. App'x 136, 138 (9th Cir. 2010) (там же); *Williams v. Oberon Media, Inc.*, CV098764-JFW AGRX, 2010 WL 1644888 (C.D. Cal. Mar. 4, 2010) (там же, в контракте на обслуживание видеоигры). Некоторые из судов, придерживавшихся такой точки зрения на ШДР, опирались на тот факт, что ШДР «примерно равны» стоимости продления контракта для потребителя. См., например, *Minnick v. Clearwire U.S. LLC*, 174 Wash. 2d 443, 446, 275 P.3d 1127, 1129 (2012) («Поскольку ШДР в момент заключения контракта предоставлял потребителю "реальную возможность" и примерно равнялся по цене альтернативной возможности выполнения контракта, мы считаем, что это альтернативное условие контракта, а не условие оплаченного ущерба» (выделено авторами)).

Другие суды считают, что ШДР не являются «альтернативным способом ведения бизнеса», отмечая, что «контракт, предусматривающий альтернативное исполнение, является, по сути, контрактом, допускающим единственное, конкретное условие с дополнительной оплатой нарушения такого условия». *Cellphone Cases*, 193 Cal App 4th 298, at 328 (2011).

²⁷ См. контракт с Xbox live, разд. 11, на URL: <http://www.xbox.com/en-US/Legal/xbox-live-contract-terms>.

и правила устанавливают свои пределы допустимой величины ШДР. Яркий пример таких правил – комиссии за досрочное погашение в ипотечных договорах. Закон о защите прав потребителей Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act от 2010 г. ограничивает такие комиссии только первичными ипотечными кредитами с фиксированными ставками. Кроме того, даже если комиссии допустимы, накладывается ограничение на их размер и продолжительность: комиссия за досрочное погашение не может превышать 3 % суммы платежа в течение первого года после заключения ипотечного договора, 2 % в течение второго года и 1 % в течение третьего. Далее никаких комиссий за досрочное погашение не взимается (Pub. L. 111203, Sec. 1414)²⁸.

Кроме того, многие штаты регулируют ШДР в контрактах на коммунальное обслуживание. Так, в Нью-Йорке ШДР в контрактах с альтернативными поставщиками электроэнергии не может превышать \$100 при остатке срока менее 12 месяцев и \$200 при остатке срока более 12 месяцев [23]. В Иллинойсе альтернативные поставщики газа не могут назначать ШДР более \$50 [24]; ШДР в контрактах кабельной связи регулируются строгими формулами (220 ILCS 5/22-501(I)).

4.2. Является ли доктрина о наказаниях надлежащей точкой отсчета?

В разд. 3 мы рассмотрели законодательную базу, определяющую экономические основания для вмешательства в контракты с ограничением выхода. Такими являются ситуации, когда подобные контракты наносят ущерб потребителям и общественному благу в целом. Затем мы показали, что суды рассматривают контракты с ограничением выхода и освобождают потребителей от их долгосрочных обязательств, когда ШДР кажутся чрезмерными в рамках доктрины о наказаниях. В данном разделе мы ставим вопрос, является ли правовое рассмотрение ШДР в рамках

доктрины о наказаниях правомерным с точки зрения экономических оснований для вмешательства в контракты. Мы считаем, что такая правомерность ограничена. Доктрина о наказаниях и соответствующее законодательство не представляются подходящими для применения экономических положений контрактов с ограничением выхода.

В целом вопрос суда, является ли ШДР чрезмерным, ошибочен. ШДР являются частью контракта с ограничением выхода, по условиям которого потребители пользуются первоначальными скидками, а поставщики принимают на себя первоначальные потери. Если в течение первого периода поставщик предоставил потребителю большую скидку (\$20 в нашем примере в разд. 3), то во втором периоде он может назначить большой штраф (те же \$20). Адекватный вопрос состоит в том, должны ли поставщики иметь право предлагать первоначальные бонусы за последующие издержки, а не в том, являются ли ШДР чрезмерными.

Расследование по поводу назначения платежей, как в случае Cellphone Cases, также нерелевантно. Суд отменил ШДР на основании того, что они были назначены для уменьшения «коэффициента текучести». Поскольку они служили карательным, а не компенсаторным средством, ШДР были признаны незаконными²⁹. Однако карательная и компенсаторная функции не исключают друг друга. ШДР могут в одно и то же время служить снижению уровня досрочного расторжения и компенсировать ущерб от потерянной выгоды, если оно все же произошло. Более того, даже полностью компенсаторная функция оплаченного ущерба обычно сочетается с намерением повлиять на решение о расторжении или продолжении контракта.

Вопрос состоит не в том, пользуется ли компания чрезмерной компенсацией за ущерб или имеет скрытые цели за пределами компенсации, когда устанавливает ШДР³⁰. Вместо этого следует выяснить, могут ли потребители предвидеть долгосрочные издержки контракта с ограничением выхода, включая количественные перекосы и ущерб от отсутствия гибкости.

²⁸ Подобные ограничения действуют и в Европе, но в отношении более широкого спектра потребительских займов. В Германии штрафы за досрочное погашение потребительских займов не могут превышать 1 % суммы погашения (или 0,5 % при остатке срока менее 1 года по договору займа), они также не могут превышать величины процентов, которая должна была быть уплачена за период между досрочным и плановым погашением. См. Гражданский кодекс Германии, § 502.

²⁹ См. обсуждение судебного дела Cellphone Cases выше.

³⁰ Аналогично различие между ШДР как оплаченным ущербом и ШДР как «альтернативным способом ведения бизнеса» (см. разд. 4.1) представляется произвольным и экономически необоснованным.

К сожалению, на этот вопрос суды не могут ответить, так как ответ зависит от факторов, не выносимых на рассмотрение в индивидуальных случаях.

Кроме того, экономический анализ в разд. 3 подвергает сомнению необходимость любого законодательного акта, запрещающего или ограничивающего ШДР. Правовые запреты контрактов с ограничением выхода уменьшают дифференциацию контрактов и ущемляют права потребителей, которые предпочитают более низкие первоначальные цены, даже если они сопровождаются высокими ШДР. Кроме того, как показано в разд. 3.4, контракт со свободным выходом может служить сигналом качества. Чтобы он выполнял эту полезную роль, поставщики должны иметь возможность выбора между двумя типами контрактов – со свободным выходом и с ограничением. Если тип контракта со свободным выходом будет законодательно закреплён для всех поставщиков, то он утратит свою сигнальную функцию.

Противоречие между доктриной о наказаниях и экономикой контрактов с ограничением выхода не означает, что суды, руководствуясь доктриной, никогда не принимают правильных решений. Напротив, поскольку контракт с ограничением выхода часто менее эффективен, чем контракт со свободным выходом (как показано в разд. 3), отмена ШДР может быть полезной. На рынке беспроводной связи применение судами доктрины о наказаниях, вместе с возросшим пониманием сути ШДР потребителями, привело к переходу от фиксированных к пропорциональным ШДР в масштабе всей отрасли. Теперь в рамках двухгодичного контракта предусмотрено пропорциональное снижение ШДР, что облегчает выход из контракта.

4.3. Рыночные решения и их границы

Действующее законодательство о выходе из контракта, опирающееся на доктрину о наказаниях, представляется неудовлетворительным. Возможно, следует отказаться от законодательных запретов, которые могут быть и чрезмерными или недостаточными, в пользу рыночных решений. В отличие от других правовых терминов в контрактах, которые часто непонятны большинству потребителей и не являются средством конкурентной борьбы, ШДР все больше осознаются потребителями. Многие пользователи беспроводной связи знают, что они обязаны делать

«апгрейд» (т. е. возврат к периоду 1) каждые два года. Они понимают, что контракт не даёт им возможности свободно перейти к другому провайдеру, даже если он предлагает лучшие технологии или цены. Они также знают, что технологии могут измениться так быстро, что ограничение выхода принесёт им убытки. Аналогичным образом посетители фитнес-клубов постепенно поняли, что низкие цены можно получить при условии долгосрочной лояльности. Потребители узнают об издержках контрактов с ограничением выхода на собственном опыте, сталкиваясь с ШДР. Они могут узнавать об этом и из чужого опыта, через широко распространённые истории о проблемах людей, пытавшихся расторгнуть контракт (например, [25]).

Это возросшее понимание со стороны потребителей было неоднократно признано судами. Так, в деле *Hutchison v. Yahoo! Inc.* интернет-провайдер отказался от первоначального платежа за установку оборудования в размере около \$175 и предоставил скидку на ежемесячный платеж в обмен на ограничение выхода в течение 12 месяцев со штрафом в случае досрочного выхода. Суд счёл, что ШДР в размере \$200 не является незаконным оплаченным ущербом, а лишь свидетельствует об «осознанном выборе» клиента (*Hutchison v. Yahoo!, Inc.*, 1396 F Appx 331, 333 (9th Cir 2010). See also *Schneider v. Verizon Internet Servs., Inc.*, No. 09-55580, 2010 US App LEXIS 19974, 2010 WL 3825502 (9th Cir., September 27, 2010)). Суд привёл следующие пояснения:

«Когда истец согласился на данный контракт [включая ШДР], ответчик, в свою очередь, согласился не взимать оплату в размере \$175. Ответчик также согласился предоставить скидку на ежемесячный платеж. Следовательно, когда истец решил прервать контракт в течение двенадцатого месяца, он уже получил выгоду, превышающую \$175... Следовательно, в период подписания контракта условие ШДР давало потребителю возможность осознанного выбора». (*Hutchison v. Yahoo! Inc.*, at 334).

В данной ситуации ШДР был явно чрезмерным. Потребитель отказался от обслуживания всего за две недели до истечения срока контракта, а значит, провайдер потерял выгоду только за 2 недели обслуживания, что гораздо меньше, чем ШДР в размере \$200. Однако суд признал штраф законным, поскольку потребитель сделал осознанный выбор, когда подписывал контракт с ограничением выхода.

Популярность контракта со свободным выходом на многих рынках – это еще одно подтверждение того, что потребители стали лучше осознавать издержки контракта с ограничением выхода. Рекламные кампании нулевого контракта направлены на тех, кто против ШДР. Поставщики предлагают контракт со свободным выходом, потому что этого требует значительное число клиентов. Тип контракта стал конкурентным преимуществом, а неприятие ШДР со стороны потребителей породило рекламный ход, предлагающий контракт без обязательств. Это не значит, что все потребители или даже все информированные потребители предпочитают контракт со свободным выходом. Это лишь означает, что потребители, выбирающие контракт с ограничением выхода, информированы о возможных издержках и преимуществах. Возросшее понимание со стороны потребителей и конкуренция должны решить большую часть проблем с ШДР.

Кроме того (и этот факт является подтверждением возросшего понимания издержек контракта с ограничением выхода со стороны потребителей), поставщики привлекают новых клиентов не только свободным выходом из контракта, но и возмещением ШДР, наложенных другими поставщиками³¹. Такие условия потенциально могут ликвидировать издержки тех клиентов, которые заключили контракт с ограничением выхода, не осознавая его последствий. Клиенты, получив возможность избежать издержек выхода, в некоторой степени защищены от негативных условий контракта с ограничением выхода.

Программы лояльности представляют собой еще большую проблему в области защиты прав потребителей. Они повышают издержки перехода и усиливают эффект ограничения выхода, как и ШДР. Однако в отличие от ШДР эти издержки менее заметны, даже когда потребитель реально сталкивается с ними. Одно дело – почувствовать на себе размер штрафа за досрочное расторжение; и совсем другое – осознать нагрузку, налагаемую потенциальным вознагражде-

нием. В случае ШДР потребитель замечает наказание, в случае программ лояльности – награду. Потребители могут осознавать, что платят более крупные суммы, чтобы оставаться в программе лояльности и достичь следующего уровня в рамках программы. Но гораздо сложнее сопоставить эти более высокие цены с ценностью вознаграждения и понять, что итоговый результат часто отрицательный. Потребители не могут знать, что, вступая в программы лояльности, они способствуют концентрации экономики и лишаются некоторых преимуществ конкуренции. Они также не могут сравнить цены при условии свободного выхода и ограничения выхода на основе поощрений, когда, как мы показали на примере авиалиний, наличие программ лояльности вытесняет контракты со свободным выходом. По этим причинам рыночные механизмы, которые эффективно решают проблемы контракта с ограничением выхода на основе наказаний, до сих пор слабо помогают решить проблемы контракта с ограничением выхода на основе поощрений.

Рыночные решения, хотя и приносят пользу, несовершенны. Они лучше работают в отношении контрактов с ограничением выхода на основе наказаний и хуже – в отношении контрактов с ограничением выхода на основе поощрений. Должны ли законодатели опираться на такие несовершенные рыночные механизмы? Или им следует законодательно регулировать контракты с ограничением выхода? Вопрос сложный. С учетом институциональных ограничений судов и других правовых органов любое регулирование будет недостаточно оптимальным. Что предпочтительнее – неоптимальное регулирование или несовершенные рыночные механизмы? Данный вопрос находится за рамками настоящего исследования.

5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Нетрудно понять, почему контракт со свободным выходом (и нулевой контракт) так привлекательны для клиентов. Скрытые платежи, наказывающие потребителя за то, что он сделал или не сделал, во множестве присутствуют в потребительских контрактах. Потребитель подписывает договор на оказание услуг и на него тут же обрушивается масса платежей: за подключение, активацию, апгрейд, обслуживание, приостановку обслуживания, техническую поддержку,

³¹ См. [4]. Провайдер беспроводной связи – компания Ting выделила \$100 000 для компенсации ШДР других операторов при переходе клиента к компании Ting, до \$350 за одного клиента. Средства закончились в течение семи минут! В настоящее время компания Ting предлагает более скромное возмещение ШДР, до \$75 за одного клиента. См. URL: <https://ting.com/blog/ting-pays-out-etfs-up-to-75-per-line>

замену оборудования, просроченные платежи (и это еще не считая различных комиссий). О многих из этих платежей потребитель не догадывался, когда заключал договор, и теперь, возможно, жалеет о том, что вообще его подписал. Со свободным выходом этого не происходит.

Некоторые потребители узнали (часто на своем горьком опыте), что контракт содержит условия, прописанные мелким шрифтом, которые редко несут в себе приятные сюрпризы (обо всем приятном вроде благоприятных условий возврата товара пишут огромными буквами на рекламных щитах). Поскольку контракт составляет продавец, эта «игра» представляется неравноправной. Идея нулевого контракта, предлагающего свободный выход, ликвидирует перекосы и сокращает основания, на которых продавцы выстраивают свои преимущества. В действительности не имеет значения, что название «нулевой контракт» некорректно и что фактически контракт существует, включая большое количество мелкого шрифта. Возможность выхода дает свободу.

Поэтому появление контракта со свободным выходом есть благо. Это ответ рынка на ограничение права выбора у потребителей из-за их нерациональности, недостаточной грамотности или информированности. Это ответ, основанный не на таких грубых механизмах, как запреты, регулирование, обязательства или открытие информации. Многие потребители по-прежнему предпочитают долгосрочные отношения с бонусами в виде первоначальных скидок или бесплатных телефонов. Но они также поняли, что такие «подарки» имеют свою цену, которая, хотя и отложена во времени, может быть весьма высокой. Когда выбор между свободным выходом и ограничением выхода предлагается так явно, вмешательство судов в сфере контрактов с ограничением выхода на основе наказаний становится необязательным и даже может принести больше вреда, чем пользы.

И все же не все так благоприятно. Для потребителей, которые выбирают оптимальную длительность контракта, недостаточно признать ничтожность наказания за выход. Существуют более тонкие способы навязать им фактические обязательства, или брать с них более высокую цену, или ограничить их возможность переключиться на другого поставщика – и все это без явных наказаний. Мы проанализировали влияние программ лояльности как стратегии,

которую продавцы используют, чтобы получить те же преимущества, которых они привыкли достигать с помощью ограничения выхода. Потребители будут воздерживаться от выхода в надежде на вознаграждение. Гораздо сложнее сопротивляться соблазнам обещанных скидок, бесплатных миль и возврата наличных. Даже в отсутствие ШДР на многих рынках выход не является свободным.

Наш анализ выявил парадоксальное положение в законодательстве: регулирование выхода из контракта активнее всего происходит там, где оно менее всего необходимо. Наказания за выход представляют собой очевидную мишень для судов, тогда как программы лояльности кажутся безвредными и не требующими вмешательства закона. При этом использование наказаний и штрафов уменьшается в результате давления рынка, таким образом уменьшая и необходимость их регулирования; в то же время программы лояльности процветают, что, вероятно, требует более пристального и критического внимания законодателей. Неслучайно наказания являются объектом внимания с обеих сторон – как со стороны закона, так и со стороны рынка: его источником служит то давление, которое испытывают потребители в случае ограничения выхода из контракта. Неудивительно поэтому, что вознаграждения и бонусы, напротив, не привлекают внимания ни законодателей, ни участников рынка: вред, который они несут, скрыт за подарками.

Следует ли обратиться законодательство, регулирующее выход из контракта, от «кнута» к «прянику», от ШДР к программам лояльности? Даже если программы лояльности ограничивают конкуренцию и снижают эффективность, должен ли закон о защите прав потребителей запрещать контракты, которые нравятся людям? Возможно, решение лежит не в области грубого регулирования программ лояльности, но в постепенном осознании потребителями того факта, что все эти вознаграждения не бесплатны. Когда качеством, которое ценят, станет «отсутствие лояльности», т. е. свобода выбирать самые выгодные и удобные разовые транзакции, тогда в выигрыше будут те поставщики, которые предлагают такие контракты. Как нулевой контракт вытесняет контракты с ограничением выхода с помощью наказаний, так и концепция «отсутствия лояльности» будет постепенно вытеснять контракты с ограничением выхода с помощью поощрений.

Список литературы

1. CFPB. 2013. Consumer Financial Protection Bureau – Program Summary by Budget Activity. URL: <http://files.consumerfinance.gov/f2012/02/budget-in-brief.pdf>
2. Campbell J. C., Jackson H. E., Madrian B., Tufano P. Consumer Financial Protection // Journal of Economic Perspectives. 2011. Vol. 25. Pp. 91–114.
3. Bar-Gill O., Ben-Shahar O. Regulatory Techniques in the Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law // Common Market Law Rev. 2013. No. 50. Pp. 109–125 (Special Issue).
4. Chen B. X. T-Mobile to Cover Termination Fees for New Users // New York Times. 2014. 9 January.
5. Berry J. Bulking Up: The 2013 COLLOQUY Loyalty Census: Growth and Trends in U.S. Loyalty Program Activity. Colloquy. June 2013. URL: <http://www.colloquy.com/files/2013-COLLOQUY-Census-Talk-White-Paper.pdf>
6. Cheng R. Verizon Unveils Edge, its Own Pricey Early Upgrade Plan. CNET. 2013. July 18. URL: http://news.cnet.com/8301-1035_3-57594327-94/verizon-unveils-edge-its-own-pricey-early-upgrade-plan/
7. Farrell J., Klemperer P. Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects / In M. Armstrong, R. H. Porter (eds.) // Handbook of Industrial Organization. 2007. Vol. 3. Ch. 31. Amsterdam, Netherlands: North Holland.
8. Bar-Gill O., Ben-Shahar O. No Contract? // University of Chicago Institute for Law and Economics Research Paper. No. 636. 2013. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220271
9. Frank J. Dodging Reform: As Some Credit Card Abuses are Outlawed, New Ones Proliferate. Center for Responsible Lending, 2009.
10. Bar-Gill O. Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
11. Becher Sh. I., Zarsky T. Z. Open Doors, Trap Doors, and the Law // Law & Contemporary Problems. 2011. No. 74. Pp. 63–90.
12. FCC. 2010. News Release, FCC Survey Confirms Consumers Experience Mobile Bill Shock and Confusion about Early Termination Fees. 26 May.
13. Aghion Ph., Bolton P. Contracts as Barriers to Entry // American Economic Review. 1987. Vol. 77. Pp. 388–401.
14. Cairns R. D., Galbraith J. Artificial Compatibility, Barriers to Entry, and Frequent Flyer Programs // Canadian Journal of Economics. 1990. No. 23. Pp. 807–816.
15. Lederman M. Are Frequent Flyer Programs a Cause of the Hub Premium // Journal of Economics and Management Strategy. 2008. Iss. 17. Pp. 35–66.
16. Caminal R., Claiici A. Are Loyalty-Rewarding Pricing Schemes Anti-Competitive? // International Journal of Industrial Organization. 2007. Vol. 25. Pp. 657–674.
17. Grossman S. The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality // Journal of Law and Economics. 1981. No. 24. Pp. 461–483.
18. Aghion Ph., Hermalin B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency // Journal of Law, Economics and Organization. No. 6 (2). Pp. 381–409.
19. Kahneman D., Tversky A. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk // Econometrica. 1979. Vol. 47. Pp. 263–292.
20. Tuttle B. A Disloyalty Movement? Supermarkets and Customers Drop Loyalty Card Programs // Time. 2013. 11 July. URL: <http://business.time.com/2013/07/11/a-disloyalty-movement-supermarkets-and-customers-drop-loyalty-card-programs/>
21. Weisse C. Get the Most from Stingier Loyalty Programs. CNN Money Magazine. 2013. 1 July. URL: <http://money.cnn.com/2013/07/01/pf/loyalty-programs.moneymag/index.html>
22. Bar-Gill O., Stone R. Mobile Misperceptions // Harvard Journal of Law & Technology. 2009. No. 23. Pp. 49–118.
23. NY Public Service Commission. 2010. PSC Expands Consumer Protections. URL: [https://www3.dps.ny.gov/psc-web/WebFileRoom.nsf/Web/03377F8CA5F90142852577FB00661E93/\\$File/pr10120.pdf?0openElement](https://www3.dps.ny.gov/psc-web/WebFileRoom.nsf/Web/03377F8CA5F90142852577FB00661E93/$File/pr10120.pdf?0openElement)
24. Illinois Commerce Commission. 2014. Natural Gas Choice. URL: <http://www.icc.illinois.gov/ags/consumereducation.aspx#s1>
25. Ducey J. Protect Yourself before Joining a Health Club. ABC15 Arizona. 2014. 14 January. URL: www.abc15.com/dpp/money/consumer/alerts/protect-yourself-before-joining-a-health-club
26. Bar-Gill O., Ben-Shahar O. Exit from Contract // Journal of Legal Analysis. 2014. Vol. 6. No. 1. Pp. 151–183.

Дата поступления 18.03.16

Дата принятия в печать 30.04.16

© Бар-Гилл О., Бен-Шахар О., 2016. Впервые опубликовано на русском языке в журнале «Актуальные проблемы экономики и права» (<http://apel.ieml.ru>), 15.06.2016; лицензия Татарского образовательного центра «Таглитат». Статья находится в открытом доступе и распространяется в соответствии с лицензией Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>), позволяющей неограниченно использовать, распространять и воспроизводить материал на любом носителе при условии, что оригинальная работа, впервые опубликованная в журнале «Актуальные проблемы экономики и права», процитирована с соблюдением правил цитирования. При цитировании должна быть включена полная библиографическая информация, ссылка на первоначальную публикацию на <http://apel.ieml.ru>, а также информация об авторском праве и лицензии.

Информация об авторах

Контактное лицо:

Бар-Гилл Орен, профессор права и экономики, Гарвардская школа права, Гарвардский университет
Адрес: США, МА 02138, Кембридж, Массачусетс авеню, 1525
E-mail: bargill@law.harvard.edu

Бен-Шахар Омри, профессор права, Чикагская школа права, Чикагский университет
Адрес: США, Иллинойс, 60637, Чикаго, Е. 60-я ул., 1111

O. BAR-GILL¹,

O. BEN-SHAHAR²

¹ Harvard University, Cambridge, Massachusetts, USA

² The University of Chicago, Chicago, Illinois, USA

EXIT FROM CONTRACT*

Objective: to study the procedure of exiting the contract, its costs and benefits.

Methods: statistical method, comparative analysis.

Results: free exit from contract is one of the most powerful tools for the consumer rights protection. The procedure frees consumers from bad deals and keeps businesses honest. Yet consumers often choose transactions with lock-in provisions, trading off exit rights for other perks. This article examines the costs and benefits of free exit, as compared to the lock-in alternative. According to the authors, the present regulation of exit penalties (in the USA) is poorly tailored to address concerns about lock-in, particularly in light of increasingly ubiquitous market-based solutions. The article also calls (regulatory) attention to loyalty rewards, which are shown to be as powerful as exit penalties, and equally detrimental.

Scientific novelty: the article reveals a paradoxical state of the law: exit regulations in the USA are used most where they are needed least. Termination penalties present an obvious target for regulatory intervention, while loyalty programs seem benign, not warranting any regulatory attention.

Practical significance: the article is of interest for the Russian juridical science and law-making authorities, as in Russia the issue of exiting the contract is as topical as in the USA, and requires solution which would impair neither the rights of consumers nor the rights of the sellers of products and services.

Keywords: Civil law; Contract; Loyalty programs; Early termination fees; Zero contract

Acknowledgements. We thank Ian Ayres, Rick Brooks, Clay Gillette, William Hubbard, Florencia Marotta-Wurgler, Ariel Porat, Richard Revesz and workshop participants at the University of Chicago and Yale Law School for helpful comments. Bar-Gill gratefully acknowledges the financial support of the Filomen D'Agostino and Max E. Greenberg Research Fund at NYU School of Law.

References

1. CFPB. 2013. *Consumer Financial Protection Bureau – Program Summary by Budget Activity*, available at: <http://files.consumerfinance.gov/f/2012/02/budget-in-brief.pdf>
2. Campbell, J. C., Jackson, H. E., Madrian, B., Tufano, P. Consumer Financial Protection, *Journal of Economic Perspectives*, 2011, vol. 25, pp. 91–114.
3. Bar-Gill, O., Ben-Shahar, O. Regulatory Techniques in the Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law, *Common Market Law Rev*, 2013, No. 50, pp. 109–125 (Special Issue).
4. Chen, B. X. T-Mobile to Cover Termination Fees for New Users, *New York Times*, 2014, 9 January.
5. Berry, J. *Bulking Up: The 2013 COLLOQUY Loyalty Census: Growth and Trends in U.S. Loyalty Program Activity. Colloquy. June 2013*, available at: <http://www.colloquy.com/files/2013-COLLOQUY-Census-Talk-White-Paper.pdf>
6. Cheng, R. *Verizon Unveils Edge, its Own Pricey Early Upgrade Plan. CNET. 2013. July 18*, available at: http://news.cnet.com/8301-1035_3-57594327-94/verizon-unveils-edge-its-own-pricey-early-upgrade-plan/
7. Farrell, J., Klemperer, P. Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects / In M. Armstrong, R. H. Porter (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, 2007, vol. 3, ch. 31, Amsterdam, Netherlands: North Holland.
8. Bar-Gill, O., Ben-Shahar, O. No Contract? *University of Chicago Institute for Law and Economics Research Paper*, 2013, No. 636, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220271

* Originally published in English by Oxford University Press on behalf of The John M. Olin Center for Law, Economics and Business at Harvard Law School. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>), which permits non-commercial re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. For commercial re-use, please contact journals.permissions@oup.com doi:10.1093/jla/lau003

For citation of original publication: Bar-Gill O., Ben-Shahar O. Exit from contract // *Journal of Legal Analysis*. 2014. Vol. 6. No. 1. Pp. 151–183.

9. Frank, J. *Dodging Reform: As Some Credit Card Abuses are Outlawed, New Ones Proliferate*. Center for Responsible Lending, 2009.
10. Bar-Gill, O. *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
11. Becher, Sh. I., Zarsky, T. Z. Open Doors, Trap Doors, and the Law, *Law & Contemporary Problems*, 2011, No. 74, pp. 63–90.
12. FCC. 2010. News Release, *FCC Survey Confirms Consumers Experience Mobile Bill Shock and Confusion about Early Termination Fees*. 26 May.
13. Aghion, Ph., Bolton, P. Contracts as Barriers to Entry, *American Economic Review*, 1987, vol. 77, pp. 388–401.
14. Cairns, R. D., Galbraith, J. Artificial Compatibility, Barriers to Entry, and Frequent Flyer Programs, *Canadian Journal of Economics*, 1990, No. 23, pp. 807–816.
15. Lederman, M. Are Frequent Flyer Programs a Cause of the Hub Premium, *Journal of Economics and Management Strategy*, 2008, iss. 17, pp. 35–66.
16. Caninal, R., Claici, A. Are Loyalty-Rewarding Pricing Schemes Anti-Competitive? *International Journal of Industrial Organization*, 2007, vol. 25, pp. 657–674.
17. Grossman, S. The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, *Journal of Law and Economics*, 1981, No. 24, pp. 461–483.
18. Aghion, Ph., Hermalin, B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency, *Journal of Law, Economics and Organization*, No. 6 (2), pp. 381–409.
19. Kahneman, D., Tversky, A. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*, 1979, vol. 47, pp. 263–292.
20. Tuttle, B. A Disloyalty Movement? Supermarkets and Customers Drop Loyalty Card Programs, *Time*, 2013, 11 July, available at: <http://business.time.com/2013/07/11/a-disloyalty-movement-supermarkets-and-customers-drop-loyalty-card-programs/>
21. Weisse, C. Get the Most from Stingier Loyalty Programs, *CNN Money Magazine*, 2013, 1 July, available at: <http://money.cnn.com/2013/07/01/pf/loyalty-programs.moneymag/index.html>
22. Bar-Gill, O., Stone, R. Mobile Misperceptions, *Harvard Journal of Law & Technology*, 2009, No. 23, pp. 49–118.
23. NY Public Service Commission. 2010. *PSC Expands Consumer Protections*, available at: [https://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/03377F8CA5F90142852577FB00661E93/\\$File/pr10120.pdf?0penElement](https://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/03377F8CA5F90142852577FB00661E93/$File/pr10120.pdf?0penElement)
24. Illinois Commerce Commission. 2014. *Natural Gas Choice*, available at: <http://www.icc.illinois.gov/ags/consumereducation.aspx#s1>
25. Ducey, J. Protect Yourself before Joining a Health Club, *ABC15 Arizona*, 2014, 14 January, available at: www.abc15.com/dpp/money/consumer/alerts/protect-yourself-before-joining-a-health-club
26. Bar-Gill, O., Ben-Shahar, O. Exit from Contract, *Journal of Legal Analysis*, 2014, vol. 6, No. 1, pp. 151–183.

Received 18.03.16
Accepted 30.04.16

© Bar-Gill O., Ben-Shahar O., 2016. Originally published (in Russian) in *Actual Problems of Economics and Law* (<http://apel.ieml.ru>), 15.06.2016; Licensee Tatar Educational Centre “Taglimat”. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>), which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work, first published in *Actual Problems of Economics and Law*, is properly cited. The complete bibliographic information, a link to the original publication on <http://apel.ieml.ru>, as well as this copyright and license information must be included.

Information about the authors

Contact:

Oren Bar-Gill, Professor of Law and Economics, Harvard Law School, Harvard University
Address: 1525 Massachusetts Avenue, Cambridge, MA 02138, USA
E-mail: bargill@law.harvard.edu

Omri Ben-Shahar, Professor of Law, Chicago Law School, The University of Chicago
Address: 1111 E. 60th St., Chicago, IL 60637, USA

For citation of Russian version: Bar-Gill O., Ben-Shahar O. Exit from contract, *Actual Problems of Economics and Law*, 2016, vol. 10, No. 2, pp. 192–216.