**Договор мены: комплексный анализ**

Считается, что самой первой формой экономического обмена между людьми было дарение. По мере развития общества дарение заменилось меной. И только с появлением денег в качестве всеобщего средства обращения мена, как и другие формы натурального обмена, в подавляющем большинстве случаев оказалась вытесненной куплей-продажей. Мы рассмотрим нормы главы 31 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК), посвященные договору мены. Однако сразу оговоримся, что в сделках с участием юридических лиц нормы главы 31 ГК очень сильно корректируются нормами хозяйственного, финансового, внешнеторгового законодательства и иными нормами публичного права.

**Правовая природа договора мены**

Согласно п. 1 ст. 538 ГК по договору мены каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороны один товар в обмен на другой. В традиционной классификации этот договор двусторонний, возмездный и консенсуальный, то есть вступающий в силу с момента заключения.

Термин «товар» не имеет легальной гражданско-правовой трактовки. В соответствии со ст. 29 Налогового кодекса Республики Беларусь (далее - НК) товары - это имущество (за исключением имущественных прав), реализуемое либо предназначенное для реализации, если иное не установлено таможенным законодательством. Таможенный кодекс Республики Беларусь в п. 1.37 ст. 8 говорит, что товары - это любое движимое имущество, а также иные перемещаемые вещи, приравненные к недвижимому имуществу согласно законодательным актам. Однако, по нашему мнению, в отношении внутренних договоров мены нужно руководствоваться нормами НК, которые признают товаром как движимое, так и недвижимое имущество. Кроме того, ст. 2 Закона Республики Беларусь от 28.07.2003 № 231-З «О торговле» определяется товар как вещи (предметы личного, семейного, домашнего потребления, продукция производственно­технического назначения и иное имуще­ство), предназначенные для продажи.

Подтверждением такого подхода служит и норма п. 1 ст. 425 ГК, согласно которой товаром по договору купли­продажи могут быть любые вещи при соблюдении правил ст. 129 ГК. А исходя из п. 2 ст. 538 ГК к договору мены применяются, соответственно, правила о купле­продаже, если это не противоречит правилам главы 31 ГК и существу мены. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен.

Таким образом, помимо 5 статей, которые включает в себя глава 31 ГК, субсидиарному применению к договору мены подлежат и многочисленные нормы о купле­продаже главы 30 ГК, посвященные, однако, товарной, а не денежной составляющей договора купли­продажи. Например, сюда могут быть отнесены нормы главы 30 ГК о форме договора, об обязанности передать товар в том числе свободным от прав третьих лиц, о переходе рисков, о количестве, качестве и комплектности товара, таре и упаковке и некоторые другие.

К договору мены могут применяться не только общие положения о договоре купли­продажи, но и нормы, относящиеся к отдельным его разновидностям, таким как поставка, купля-продажа недвижимости, предприятия и т.д. В этом случае предмет договора мены должен соответствовать условиям данных договоров. По сути, не применимы к мене только те нормы главы 30 ГК, которые относятся к денежной составляющей договора купли­продажи и вступают в коллизию с нормами главы 31 ГК.

**Предмет договора мены**

Товаром, а следовательно, и предметом договора мены является имущество. Однако здесь требуется определение содержания термина имущество. Гражданско­правовая дефиниция понятия «имущество» тоже отсутствует, но из анализа ст. 128 ГК можно сделать вывод, что оно включает в себя вещи, то есть объекты материального мира, ценные бумаги и деньги. Однако в последнем случае договор мены может автоматически трансформироваться в договор купли­продажи. Только в случаях, когда деньги меняются на деньги (и то не всегда), подобные валютно­обменные операции, а также различные биржевые операции с валютой являются договором мены с гражданско-правовой точки зрения.

В качестве товара может выступать и недвижимое имущество, следовательно, обмен жилыми помещениями также может регулироваться главой 31 ГК. Хотя применение гражданского законодательства здесь субсидиарно в силу ст. 3 Жилищного кодекса Республики Беларусь (далее - ЖК). Гражданское законодательство применяется лишь постольку, поскольку данные жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством.

Обмену жилого помещения посвящены ст. 32–34, 75–79, 122 ЖК. Кроме того, следует помнить о Правилах обмена жилых помещений государственного жилищного фонда в Республике Беларусь, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 02.08.1999 № 1191. Существующие нормы предусматривают, что собственник (наниматель) производит такой обмен только с письменного согласия совместно проживающих с ним совершеннолетних членов семьи. В советский период существовало мнение, что обмен жилыми помещениями не является договором мены и здесь следует вести речь о перемене лиц в обязательствах жилищного найма (своеобразный двойной поднаем). В настоящее время такая точка зрения уместна только в отношении государственного жилищного фонда, где наниматели действительно не являются собственниками жилых помещений.

Предметом договора мены могут быть и земельные участки, но только находящиеся в частной собственности согласно ст. 47 и 48 Кодекса Республики Беларусь о земле.

Нормы главы 31 ГК не применимы к договорам, предметом которых являются работы, услуги и иные объекты гражданского права, которые не могут быть квалифицированы как имущество. Однако это не означает, что соглашения, предусматривающие обмен товара на работу или работы на услугу, не соответствуют требованиям законодательства. В силу принципа свободы договора такие соглашения могут заключаться и порождать при этом гражданские права и обязанности. Примером подобных соглашений является договор переработки на давальческих условиях (договор толлинга), предусматривающий расчет в товарной форме.

**Отличие договора мены от иных договоров**

Обратим ваше внимание, что в договоре мены товар передается в собственность. Это означает, например, что договор лизинга, предусматривающий расчеты в натуральной форме, то есть продукцией или услугами, полученными с помощью переданного в лизинг оборудования (так называемый бартерный лизинг), не является меной в смысле главы 31 ГК. С другой стороны, по нашему мнению, ч. 1 ст. 538 подлежит расширительному толкованию и распространению не только на право собственности, но и на право хозяйственного ведения и оперативного управления. Вывод об этом можно сделать из субсидиарного применения к мене норм ГК о купле­продаже и п. 1 ст. 424 ГК в частности.

Несмотря на натуральный характер мены, товары, как правило, имеют денежную оценку. Согласно ст. 539 ГК, если из договора мены не вытекает иное, товары, подлежащие обмену, предполагаются равноценными, а расходы на их передачу и принятие осуществляются в каждом случае той стороной, которая несет соответствующие обязанности.

Если же исходя из договора мены обмениваемые товары признаются неравноценными, сторона, обязанная передать товар, цена которого ниже цены товара, предоставляемого в обмен, должна оплатить разницу в ценах непосредственно до или после исполнения обязанности передать товар, если иной порядок оплаты не предусмотрен законодательством или договором. В этом случае договор мены трансформируется в договор смешанного типа, сочетающего в себе элементы мены и купли­продажи.

Согласно п. 2 ст. 391 ГК к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Исходя из п. 1 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 21.01.2004 № 1 «О некоторых вопросах применения норм Гражданского кодекса Республики Беларусь об ответственности за пользование чужими денежными средствами» мена, предполагающая встречную передачу равноценных товаров, денежным обязательством не является. А разница в цене (если в соответствии с договором обмениваемые товары признаются неравноценными) считается денежным обязательством.

Согласно ст. 541 ГК, если законодательством или договором мены не предусмотрено иное, право собственности на обмениваемые товары переходит к сторонам, выступающим по договору мены в качестве покупателей, одновременно после исполнения обязательств передать соответствующие товары обеими сторонами. Это важное отличие договора мены как от договора купли­продажи, так и от иных видов договоров, которые, как правило, никак не привязывают переход права собственности к оплате.

По сути, в силу предписаний ст. 541 ГК к договору мены применяются правила, аналогичные тем, которые ст. 461 ГК позволяет сторонам предусмотреть для договора купли­продажи. Согласно ст. 212 ГК риски случайной гибели (порчи, повреждения) имущества несет собственник, если иное не определено законодательством или договором. Для договора купли­продажи иное как раз предусмотрено ст. 429 ГК, исходя из которой риск случайной гибели (повреждения) товара переходит к покупателю с момента, когда продавец исполнил обязанность по передаче товара. Если предметом купли­продажи, а следовательно, и мены является предприятие, то соответствующие риски переходят на покупателя со дня подписания передаточного акта обеими сторонами согласно ст. 534 ГК.

Как по договору купли­продажи, так и договору мены обязанности продавца разделяются на передачу товара и передачу правового титула (права собственности или другого вещного права) на него. Это различие иногда упускают, поскольку в гражданском обороте их моменты в подавляющем большинстве случаев совпадают. Но применительно к договору мены имеются свои особенности. Статья 540 ГК гласит, что в случае, когда в соответствии с договором мены сроки передачи обмениваемых товаров не совпадают, к исполнению обязательства передать товар стороной, которая должна передать товар после передачи товара другой стороной, применяются правила о встречном исполнении обязательств.

Исходя из ст. 309 ГК встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной. При этом в случае неисполнения обязанной стороной обусловленного договором обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Заметим также, что в отличие от мены в большинстве других гражданскоправовых договоров условие о встречном исполнении применяется не по умолчанию, а только в случае, когда такое условие прямо установлено договором.

Еще одна особенность договора мены по отношению к купле­продаже касается так называемой защиты от эвикции. Речь идет о норме ст. 431 ГК, в соответствии с которой при изъятии товара у покупателя третьими лицами по основаниям, возникшим до исполнения договора купли­продажи, продавец обязан возместить покупателю понесенные им убытки, за исключением случая, когда покупатель знал или должен был знать о наличии этих оснований. Согласно же ст. 542 сторона, у которой третьим лицом изъят товар, приобретенный по договору мены, вправе потребовать от другой стороны возврата товара, полученного последней в обмен, и (или) возмещения убытков. В случае же договора купли­продажи речь идет только о возмещении убытков.

Отличие договора мены от других видов договоров больших вопросов не вызывает. Единственное исключение - 2 договора купли­продажи, денежные обязательства по которым прекращаются зачетом (так называемая встречная торговля). Разницу между ними следует проводить следующим образом. Договор мены един, он имеет целью обмен товарами уже в момент заключения и не порождает встречных денежных обязательств. Во втором случае изначально заключается 2 договора купли­продажи, имеющие целью получение денежных средств, затем дополнительно дву­сторонним актом или на основании заявления одной из сторон оформ­ляется зачет.

**Форма договора мены**

Форма договора мены главой 31 ГК специально не регламентирована. Следовательно, к ней применяются общие положения ГК о форме договора, а именно ст. 159–165 ГК, с учетом специфики, установленной для договоров купли­продажи в части недвижимости (ст. 521–522 ГК) и предприятия (ст. 531 ГК). В двух последних случаях договор мены подлежит государственной регистрации на основании п. 3.1 ст. 9 Закона Республики Беларусь от 22.07.2002 № 133З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним», а также на основании Указа Президента Республики Беларусь от 11.08.2005 № 368 «О некоторых вопросах отчуждения жилых домов в сельских населенных пунктах».

На договоры мены транспортных средств распространяются требования Указа Президента Республики Беларусь от 15.10.2007 № 504 «О некоторых мерах по упорядочению сделок по отчуждению транспортных средств». Типовые формы таких договоров утверждены постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь и Министерства юстиции Республики Беларусь от 01.11.2007 № 284/74 «Об утверждении типовых форм договоров купли­продажи, мены, дарения механического транспортного средства, прицепа к нему (за исключением колесного трактора и прицепа к нему)», а также постановлением Министерства сельского хозяйства и продовольствия Республики Беларусь и Министерства юстиции Республики Беларусь от 25.06.2008 № 63/33 «Об утверждении типовых форм договоров купли­продажи, мены, дарения колесного трактора, прицепа к нему, самоходной машины».

**Хозяйственно-правовые и финансовые аспекты**

Если заключение договора мены связано с предпринимательской деятельностью, то он подпадает под большое число специальных норм, главным образом, ограничительного и запретительного характера. Так, в период с 1 августа 2005 г. по 31 декабря 2008 г. заключение договоров мены подпадало под абсолютный запрет, установленный п. 1.1 Указа Президента Республики Беларусь от 15.08.2005 № 373 «О некоторых вопросах заключения договоров и исполнения обязательств на территории Республики Беларусь». На посредническую деятельность, осуществляемую путем заключения договоров мены, распространяются требования Указа Президента Республики Беларусь от 07.03.2000 № 117 «О некоторых мерах по упорядочению посреднической деятельности при продаже товаров».

Следует отметить, что в законодательстве, регулирующем финансово­хозяйственную деятельность, наряду с термином «договор мены» употребляются также термины «товарообменный договор (контракт)» и «бартер». При этом объем указанных терминов далеко не полностью совпадает с понятием договора мены. Данные термины, как правило, включают не только обмен товара на товар, но и обмен работами и услугами, а также отступное и новацию в товарной форме. Кроме того, последние термины используются, как правило, только в предпринимательской деятельности.

Для товарообменных договоров действуют особенности ценообразования, установленные постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 24.03.1999 № 405 «О вопросах ценообразования при проведении товарообменных операций» (далее - постановление). Согласно постановлению товар, полученный субъектом хозяйствования Республики Беларусь при исполнении товарообменной операции, приходуется по учетной стоимости отгруженного товара на дату отгрузки.

При обмене товара собственного производства учетная цена определяется как сформированная в соответствии с законодательством Республики Беларусь и действующая на территории республики отпускная цена производителя товара, обеспечивающая ему возмещение экономически обоснованных затрат на производство товара, выплату налогов и неналоговых платежей и прибыль, рассчитанную из принятого товаропроизводителем планового уровня рентабельности. При государственном регулировании цены учетная цена определяется как отпускная цена согласно действующему порядку регулирования ее уровня. При обмене иного товара цена определяется как цена приобретения. Учетная цена, сформированная подобным образом, используется при определении финансовых результатов от реализованного по товарообменным операциям товара для целей налогообложения. Что касается бухгалтерского учета, то особенности учета товарообменных операций изложены в Инструкции о порядке отражения в бухгалтерском учете и налогообложении товарообменных операций, утвержденной постановлением Министерства финансов Республики Беларусь и Министерства по налогам и сборам от 03.05.2008 № 78/49, которая предусматривает, что:

* для определения выручки может использоваться только метод по отгрузке (но не по оплате);
* взаимный зачет задолженности отражается по дебету счета 60 «Расчеты с поставщиками и подрядчиками» и кредиту счета 62 «Расчеты с покупателями и заказчиками»;
* при получении товаров по товарообменным операциям на первичных учетных документах (товарно­транспортных накладных, счетахфактурах и других) делается отметка получателя о стоимости полученных товаров в учетных ценах исходя из стоимости отгруженных товаров по товарообменной операции;
* налогообложение при совершении товарообменных операций производится в установленном законодательством порядке по мере отражения стоимости товаров на счетах учета реализации и финансовых результатов.

В частности, подобным образом, то есть исходя из цены отгрузки, определяется налоговая база по НДС и налогу на прибыль. Момент фактической реализации при этом определяется как день передачи товара. Некоторое исключение составляет только налог на приобретение автомобильных транспортных средств, когда налоговой базой признается цена приобретения автотранспортного средства без учета НДС. В данном случае цена при приобретении автомобильных транспортных средств путем мены на товар определяется как стоимость этого товара, но не ниже стоимости автомобильного транспортного средства согласно ст. 9 Закона Республики Беларусь «О дорожных фондах в Республике Беларусь» в редакции Закона от 29.12.2001 № 73З.

В целом приведенные выше нормы налогового законодательства опровергают иногда встречающееся утверждение, что бартер - это способ уклонения от налогов. Можно говорить лишь о том, что рост объема бартера снижает ликвидность, а следовательно, возможности организации исполнить возникшие налоговые обязательства. Хотя с другой стороны, действующее налогообложение товарообменных операций завязано на ценообразовании в ущерб интересам бюджета, так как ограничивает рост цен получаемых товаров и, следовательно, налогооблагаемой базы.

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ**

1. Конституция Республики Беларусь. Принята на республиканском референдуме 24 ноября 1996 г. Минск «Беларусь» 1997.
2. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З. Принят Палатой представителей 28 октября 1998 года. Одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 года. (Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1999 г., № 7-9, ст. 101). ЮРИДИЧЕСКАЯ СПРАВОЧНО-ИНФОРМАЦИОННАЯ АВТОМАТИЗИРОВАННАЯ СИСТЕМА «ЮСИАС» - 2008 г.
3. Гражданское право Учебник. **Под ред. Яковлева В.Ф. Издательство РАГС.** год издания. **2003. 503 с.**
4. Гражданское право: Учебник. В 2 ч. Ч.2 Под общ. Ред. проф. В.Ф. Чигира. – Мн.: Амалфея, 2000. – 1008 с.
5. Колбасин Д.А. Гражданское право Республики Беларусь. Особенная часть: Практ. Пособие. – Мн.: Молодежное научное общество, 2001. 547 с.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. Кн. 1. /Отв. Ред. В.Ф. Чигир. – 2-ое изд. - Мн.: Амалфея, 2000. 544с.
7. Колбасин Д.А. Гражданское право Республики Беларусь. Общая часть. - Мн.: «Молодежное научное общество». 2000 - 360с.
8. Мейер Д. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 1997. – с. 408.
9. Универсальный юридический справочник под общей редакцией В.А. Шадацкого. // М.: АО «Инициатива». – 1992.