



НОТАРІАЛЬНА ПАЛАТА УКРАЇНИ

МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ
НОТАРІАЛЬНОЇ ПАЛАТИ УКРАЇНИ

НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ПОПЕРЕДНІХ ДОГОВОРІВ



09 ВЕРЕСНЯ 2016 Р.

М. КИЇВ

МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ НОТАРІАЛЬНОЇ ПАЛАТИ УКРАЇНИ

НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ПОПЕРЕДНІХ ДОГОВОРІВ

Інститут укладення попередніх договорів в нотаріальній практиці застосовується досить широко.

Закон України «Про нотаріат» та Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Порядок) не містять спеціальних норм, які встановлюють порядок посвідчення попереднього договору. При посвідченні попереднього договору нотаріуси керуються Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), Господарським кодексом України (далі – ГК України), Законом України «Про нотаріат», Порядком (зокрема вимогами розділу 1 «Загальні положення» та глави 1 «Основні правила посвідчення правочинів» розділу II «Порядок вчинення окремих видів нотаріальних дій»), іншими цивільно-правовими актами.

Законодавство України не передбачає обов'язкового нотаріального посвідчення попередніх договорів. Разом з цим, ст. 635 ЦК України передбачає, що попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена – у письмовій формі.

Господарський кодекс не містить вказівок на обов'язкове нотаріальне посвідчення попереднього договору.

У відповідності до ст. 657 ЦК України, договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. У відповідності до ч. 1 ст. 220 ЦК України, у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

Враховуючи, що будь-який правочин за згодою сторін може бути нотаріально посвідчений, для того, щоб мінімізувати можливі ризики, пов'язані з неналежним виконанням попереднього договору та/або його оскарженням, рекомендується здійснювати нотаріальне посвідчення попереднього договору, якщо основний договір підлягає нотаріальному посвідченню. Цей висновок підтримує і судова практика, якою визнано обов'язковість нотаріального посвідчення попереднього договору в разі, якщо основний договір підлягає нотаріальному посвідченню.

Посвідчення попереднього договору відноситься до компетенції нотаріусів (ст. 34 ЗУ «Про нотаріат») та консульських установ (ст. 35 ЗУ «Про нотаріат»). Посадові особи органів місцевого самоврядування не вправі посвідчувати попередній договір.

Попередній договір може бути посвідчено будь-яким нотаріусом на всій території України без обмежень, навіть якщо посвідчення основного договору обмежено територіальною юрисдикцією, визначеною ст. 55 Закону України «Про нотаріат».

При посвідченні попереднього договору нотаріус зобов'язаний встановити дійсні наміри сторін щодо створення правових наслідків, які обумовлюються цим правочином.

Правове регулювання інституту попереднього договору не є достатньо розвиненим. Так, законодавство не містить спеціальних норм, що визначають форму договору та його істотні умови. Крім того, немає єдиного підходу в правовому регулюванні інституту попереднього договору в Цивільному кодексі України і Господарському кодексі України.

У відповідності до ст. 635 ЦК України сторони зобов'язуються укласти основний договір в термін і на умовах, встановлених попереднім договором, тобто сторони на власний розсуд встановлюють термін укладення основного договору.

Однак законом може бути встановлено обмеження щодо строку (терміну), в який має бути укладений основний договір на підставі попереднього договору. Таке обмеження встановлено в ч. 1 ст. 182 ГК України: за попереднім договором юридичні особи, фізичні особи – підприємці зобов'язуються укласти основний договір у певний строк, але не пізніше одного року з моменту укладення попереднього договору.

Незважаючи на стан нормативно-правової бази, яка потребує вдосконалення, у нотаріусів склалась певна практика щодо посвідчення попередніх договорів. Потреба в укладенні попереднього договору виникає у разі, коли з тих чи інших причин не може бути укладений відразу основний договір (не оформлено право на спадщину, майно перебуває в заставі, не знятий арешт тощо).

Правова природа попереднього договору обумовлюється його юридичним визначенням.

В ст. 635 ЦК України визначено, що попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. З аналізу цієї норми випливає, що попередній договір не створює для сторін будь-яких майнових прав і обов'язків, однак містить взаємне зобов'язання укласти у погоджений термін цивільно-правовий договір на визначених сторонами умовах.

Згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК України, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди (ч. 2 ст. 638 ЦК України).

Отже, щодо предмету договору слід зазначати, наприклад: «Сторони в термін до першого жовтня дві тисячі шістнадцятого року зобов'язуються укласти договір купівлі-продажу квартири (основний договір) на умовах, встановлених цим договором», або: «Сторони протягом трьох місяців з моменту укладення цього договору зобов'язуються укласти договір купівлі-продажу квартири (основний договір) на умовах, встановлених цим договором».

В ч. 3 ст. 635 ЦК України передбачено, що істотні умови основного договору, не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства.

При посвідченні попереднього договору, з метою уникнення суперечок при посвідченні основного договору, в тексті попереднього договору доцільно зазначати істотні умови основного договору в обсязі, достатньому для його укладення.

Нотаріусу слід порекомендувати сторонам обумовити всі питання, які можуть виникнути при укладенні основного договору. Предмет договору вважається абсолютною істотною умовою для договору будь-якого виду.

В попередньому договорі сторони також можуть погодити ціну основного договору, порядок розрахунків. В статтях 524, 533 ЦК України законодавець визначив, що зобов'язання має бути виражене і виконане у грошовій одиниці України – гривні. Але сторони можуть домовитись про грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті. Якщо у зобов'язанні визначено грошовий еквівалент в іноземній валюті, сума що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом.

Сторони за домовленістю між собою, крім предмету та ціни договору, не обмежені у визначенні і інших умов попереднього договору:

- порядку передачі (повернення) майна;
- прав та обов'язків сторін;
- відповідальності сторін;

- строку дії договору;
- порядку внесення змін до договору, його розірвання тощо.

У разі, якщо при укладенні попереднього договору деякі істотні умови основного договору залишаються неузгодженими, сторони можуть визначити порядок їх узгодження. На практиці це здійснюється шляхом встановлення обов'язку однієї із сторін у визначений термін направити іншій стороні пропозицію.

Згідно з ч. 1 ст. 641 ЦК України пропозиція про укладення договору має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Крім самостійного направлення пропозиції, вона також може бути передана нотаріусом (в порядку встановленому ст. 84 ЗУ «Про нотаріат») іншій стороні заяви з посиланням на істотні умови основного договору, викладені в попередньому договорі (в цьому випадку доцільно приєднати до заяви нотаріально засвідчену копію попереднього договору), або заяви з проектом основного договору.

Під час дії попереднього договору (до моменту його припинення) сторони мають право внести до нього зміни, зокрема, але не виключно, і зміни щодо встановлення нового строку. У разі закінчення строку дії попереднього договору такі зміни не матимуть юридичної сили (Постанова Судової палати у господарських справах ВСУ від 07.07.2009 р.). Якщо сторони погодилися змінити умови попереднього договору, такі зміни вносяться шляхом укладення договору про внесення змін до нього (який також потребує нотаріального посвідчення у випадку, коли попередній договір був нотаріально посвідчений).

В ч. 2 ст. 635 ЦК України міститься спеціальна норма, в якій передбачено вичерпний перелік правових наслідків порушення попереднього договору, який обмежується лише застосуванням такого засобу судового захисту, як відшкодування збитків. Інші правові наслідки, зокрема спонукання до укладення основного договору в судовому порядку, виконання обов'язку в натурі чи виникнення основного договірної зобов'язання як правової підстави для виникнення у набувача права власності на майно, не передбачені. На підставі цього суди відмовляють в таких позовах. З огляду на викладене, при складанні проектів попередніх договорів слід утриматись від включення умов щодо спонукання до укладання основного договорів судовому порядку.

Попередній договір не належить до правочинів, що носять особистий характер, і може бути укладений через представника за умови, що представник за довіреністю має достатній обсяг повноважень.

Законодавством не передбачені вимоги до переліку документів, які надаються нотаріусу сторонами для посвідчення попереднього договору.

З огляду на порядок укладення попередніх договорів, що передбачений ЦК України, попередній договір не передбачає переходу права власності на майно, яке буде предметом основного договору, отже теоретично нотаріусу не потрібно в обов'язковому порядку витребувати у сторони попереднього договору документи, що посвідчують її право власності та підтверджують державну реєстрацію цього права на майно, що буде предметом основного договору. Це також стосується випадків, коли предметом основного договору буде майно, щодо якого сторона попереднього договору ще не є титульним власником (наприклад, ще не одержано свідоцтво про право на спадщину, не зареєстровано право власності на новозбудоване майно тощо). Однак, згідно зі ст. 5 Закону України «Про нотаріат», нотаріус зобов'язаний сприяти громадянам у здійсненні їх прав та законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій.

Тому вірно склалась нотаріальна практика, коли при посвідченні попереднього договору нотаріуси, з метою забезпечення виконання сторонами попереднього договору, ознайомлюються з документами, що посвідчують право власності на майно, а у разі їх відсутності – вживають заходів до з'ясування прав сторони попереднього договору на предмет основного договору. Також нотаріус може перевірити наявність обтяжень та похідних речових прав щодо нерухомого майна, яке буде предметом основного договору. У разі наявності обтяжень, доцільно в попередньому договорі зазначити обов'язок власника майна звільнити його від обтяжень на день укладення основного договору та/або обумовити можливість переходу права власності за наявних похідних речових прав на нерухоме майно, що буде предметом основного договору.

У зв'язку з тим, що попередній договір не є договором про розпорядження майном, на його укладення не потрібно вимагати згоду другого з подружжя (кожної із сторін договору), оскільки згода, згідно зі ст. 65 Сімейного кодексу України (далі – СК України), вимагається на укладення договорів щодо розпорядження спільною сумісною власністю. Але при цьому необхідно роз'яснити сторонам про необхідність надання відповідної згоди другого з подружжя на укладення основного договору у випадках, передбачених ст. 65 СК України. Під час посвідчення попереднього договору нотаріусу доцільно вимагати згоду другого з подружжя на укладення основного договору. Це буде слугувати додатковою гарантією того, що на етапі укладення основного договору не виникне прикрих несподіванок у

вигляді незгоди другого із подружжя на укладення основного договору, що потягне за собою невиконання попереднього договору.

Необхідно також звертати увагу на правовий статус грошових коштів, які майбутній покупець передає за попереднім договором. Якщо сторона, яка передає таку грошову суму, перебуває в шлюбі, ця грошова сума є спільною сумісною власністю подружжя, якщо не доведено зворотне. У цьому випадку у відповідності до статті 65 Сімейного кодексу України необхідно вимагати письмову згоду подружжя на передачу грошових коштів за попереднім договором. Одночасно в такій заяві може бути зазначено і про згоду подружжя на укладення основного договору.

Оскільки ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» встановлений обов'язок вимагати згоду органу опіки та піклування для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, а попередній договір не є таким правочином, то таку згоду на укладання попереднього договору вимагати нотаріусу немає потреби.

При цьому слід враховувати, що можливість укладення основного договору, як показує нотаріальна практика, нерідко залежить і від третіх осіб. Наприклад: сторони відкладають нотаріальне посвідчення основного договору через відсутність свідоцтва про право на спадщину (строк не настав), або через необхідність отримання згоди органу опіки і піклування (який не є стороною попереднього договору і може відмовити у наданні такої згоди). В такому випадку виконання умов попереднього договору буде залежати не лише від сторін, котрі його уклали, але і від третіх осіб: можливих інших спадкоємців, органу опіки і піклування, кредитора тощо. Тобто майбутній покупець може зазнати збитків і не отримати їх відшкодування, оскільки вини майбутнього продавця немає, він має намір продати і не ухиляється, але є обставини, які від нього не залежать. Тому нотаріусу необхідно роз'яснювати сторонам ризики укладання попереднього договору, бо він може не породити того реального юридичного наслідку, якого прагнуть досягти сторони.

При укладенні попереднього договору є доволі проблемним питання зазначення порядку забезпечення виконання попереднього договору.

У ч. 2 ст. 635 ЦК України встановлені наслідки ухилення однієї із сторін від укладення основного договору: сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати іншій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Такі інші наслідки

неукладання основного договору встановлені ст. 182 ГК України, якою законодавець передбачив можливість вимагати укладення основного договору в судовому порядку у випадку, якщо друга сторона, одержавши проект основного договору, ухиляється від його укладення. Ця відмінність істотним чином впливає на наслідки невиконання сторонами зобов'язань по укладанню основного договору в господарських та цивільних правовідносинах, тому можна говорити про те, що сторони попереднього договору у господарських правовідносинах законодавчо є більш захищеними.

Положеннями ЦК України й інших актів цивільного законодавства прямо не передбачено такий правовий наслідок невиконання попереднього договору, як відшкодування збитків у спосіб визнання права власності на річ, що мала бути придбана в майбутньому за договором купівлі-продажу. За таких обставин інша сторона попереднього договору може претендувати лише на відшкодування збитків відповідно до ч. 2 ст. 635 ЦК України (правова позиція Верховного Суду України у справі за № 6-226цс14 від 02.09.2015 р.).

Очевидно, на цьому і ґрунтується судова практика в даному випадку, йдучи по шляху стягнення доведених збитків, а також повернення всього отриманого за попереднім договором (будь-які суми, передані за попереднім договором, у цьому випадку визнаються судами авансом). При цьому суди відмовляють у стягненні штрафних санкцій у вигляді пені (штрафу), у поверненні переданих коштів у кратному розмірі, оскільки застосування подібних наслідків не передбачено відповідними нормами цивільного законодавства України.

Існують випадки, коли нотаріуси посвідчують попередні договори, в яких сума, що передається майбутнім набувачем майбутньому відчужувачеві, визначається як завдаток, що є безпідставним, оскільки завдатком може бути грошова сума, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів. Зобов'язання майбутнього покупця сплатити грошові кошти за майно не виникає з попереднього договору, а виникне лише з основного договору. Як відомо, незважаючи на те, що сторони у попередньому договорі прямо назвали платіж завдатком і передбачили правові наслідки у відповідності до ст. 570 ЦК України, в судовій практиці такі платежі визнаються авансовими і повертаються у тому ж розмірі, в якому надавались.

Законодавство, що регулює попередній договір, прямо не містить можливості передачі грошових коштів за попереднім договором. Отже у випадку, якщо при укладенні попереднього договору передаються грошові кошти, укладається змішаний цивільно-правовий договір. Такий змішаний договір доцільно

укладати з елементами договору позики, визначаючи грошові кошти, що за ним передаються, як позику. У такий спосіб попередній договір у разі його порушення даватиме можливість вимагати повернення сплачених коштів у будь-якому випадку, навіть якщо основний договір не укладений з вини третіх осіб. У разі укладення основного договору ці кошти можна зарахувати як зустрічні однорідні вимоги згідно зі ст. 601 ЦК України; при цьому в основному договорі варто зазначити, що попередній договір вважається виконаним та припиненим.

Аналіз нотаріальної практики показує, що нотаріуси розглядають попередній договір як один із видів цивільно-правових договорів, що укладається з урахуванням принципу свободи договору і забезпечує сторонам можливість укладення основного договору.

З метою захисту інтересів громадян, на думку практикуючих нотаріусів, необхідно узгодити норми Цивільного та Господарського кодексів України і таким чином запровадити єдину міжгалузеву практику в питаннях правового регулювання порядку посвідчення попередніх договорів і забезпечення виконання зобов'язань за ними.

**Голова
Комісії Нотаріальної палати України
з аналітично-методичного
забезпечення нотаріальної діяльності** **Т.О. Ариванюк**

**Методичні рекомендації розроблено
Нотаріальною палатою України за рахунок
членських внесків!!!**

**В кого є борг прохання обов'язково
погасити свою заборгованість!**

Нагадуємо, що членські внески до Нотаріальної палати України сплачуються нотаріусами України починаючи з **01 травня 2013 року:**

з 01.05.2013 р. по 30.11.2013 р. по 95,58 грн.

з 01.12.2013 р. по 31.08.2015 р. по 101,50 грн.

з 01.09.2015 р. по 30.04.2016 р. по 114,83 грн.

з 01.05.2016 р. по даний час по 120,83 грн.

**Реквізити для перерахування членських внесків
до Нотаріальної палати України:**

АТ «УКРЕКСІМБАНК» в м. Києві р/р 26003010085291

МФО 322313

Код ЄДРПОУ: 38684025