



Nhận thức về hoạt động thế chấp và bảo lãnh vay vốn từ khía cạnh pháp lý

TS. HUỖNH THỊ THÚY GIANG

Hệ thống ngân hàng vốn là xương sống của nền kinh tế, đóng vai trò quan trọng góp phần thúc đẩy tiến trình đổi mới và phát triển nền kinh tế quốc dân. Trong các hoạt động kinh doanh của hệ thống ngân hàng, các giao dịch bảo đảm tiền vay rất phổ biến, trong đó tài sản bảo đảm là một trong những điều kiện cơ bản (mặc dù không phải tiên quyết và bắt buộc) để ngân hàng xem xét cho vay. Vì vậy, việc tạo lập một hành lang pháp lý chặt chẽ và minh bạch về giao dịch bảo đảm không những góp phần giảm bớt rủi ro cho ngân hàng, mà còn tạo điều kiện cho các doanh nghiệp, cá nhân dễ dàng tiếp cận nguồn vốn vay. Trong sự nỗ lực đó, một hệ thống các chế định về giao dịch bảo đảm đã lần lượt được xây dựng và khung pháp lý cho hoạt động này không ngừng được điều chỉnh, phát triển ngày càng đầy đủ hơn. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, qua việc một Tòa án ở miền Trung đã tuyên bố Hợp đồng thế chấp bằng quyền sử dụng đất của bên thứ ba vô hiệu (do nhận thức khác biệt về các biện pháp bảo

đảm), đặt hệ thống ngân hàng Việt Nam trong một tình thế "tiến thoái lưỡng nan" và nguy cơ phải gánh chịu những tổn thất cho thấy còn nhiều vấn đề bất cập phải sửa đổi để tạo lập một khung pháp lý chặt chẽ hơn cho các giao dịch bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Thế chấp và bảo lãnh - những thay đổi trong nhận thức

Thế chấp là gì?

Theo Điều 342 Bộ luật Dân sự 2005 quy định: "Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)". Định nghĩa về thế chấp tại Điều 346 Bộ luật Dân sự 1995 là "Thế chấp tài sản là việc bên có nghĩa vụ dùng tài sản là bất động sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ đối với bên có quyền". Như vậy ngoài sự khác biệt về loại tài sản trong quy định thế chấp (Bộ luật dân sự năm 1995 quy định loại tài sản thế chấp là bất động sản còn Bộ luật dân sự năm 2005 quy định chủ thể cầm giữ tài sản để

xác định là thế chấp hay cầm cố) còn thể hiện quan điểm của nhà làm luật khá rõ ràng khi xây dựng khái niệm thế chấp trong Bộ luật Dân sự 2005 khi đã bỏ đi cụm từ chỉ bên thế chấp là "bên có nghĩa vụ" được quy định trong Bộ luật Dân sự 1995. Theo khái niệm trên thì bên thế chấp tài sản có thể là bên có nghĩa vụ đối với bên nhận thế chấp hoặc bên thứ ba khác sử dụng tài sản thuộc sở hữu của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên nhận thế chấp. Như vậy sẽ xuất hiện bên thứ ba tham gia vào giao dịch bảo đảm dưới hình thức dùng tài sản của mình thế chấp cho bên nhận bảo đảm để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người khác.

Bảo lãnh là gì?

Theo Điều 361 Bộ luật Dân sự 2005 quy định "Bảo lãnh là việc người thứ ba (sau đây gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (sau đây gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (sau đây gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc

thực hiện không đúng nghĩa vụ". ở đây khái niệm bảo lãnh đã có sự thay đổi so với Bộ luật Dân sự 1995 bởi Điều 366 của Bộ luật này quy định "(1). Bảo lãnh là việc người thứ ba (gọi là người bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là người nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là người được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn mà bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ; (2). Người bảo lãnh chỉ được bảo lãnh bằng tài sản thuộc sở hữu của mình hoặc bằng việc thực hiện công việc". Có thể nhận thấy Bộ luật dân sự năm 1995 nhấn mạnh hơn đến bên bảo lãnh (bên thứ ba) phải có tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm nghĩa vụ, trong khi Bộ luật dân sự năm 2005 chỉ thể hiện là một cam kết của bên thứ ba về việc trả nợ thay chứ không đề cập đến việc bên bảo lãnh phải có tài sản bảo đảm để đảm bảo nghĩa vụ ngay khi thực hiện việc bảo lãnh. Điều 369 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định về xử lý tài sản của bên bảo lãnh xác định trong trường hợp đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, mà bên bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên bảo lãnh phải đưa tài sản thuộc sở hữu của mình để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh. Như vậy theo quy định của Bộ luật dân sự năm 1995 bên bảo lãnh phải đưa tài sản của mình/thực hiện một công việc để đảm bảo nghĩa vụ dân sự khi thực hiện bảo lãnh còn Bộ luật dân sự năm 2005 không thể hiện rõ bên bảo lãnh phải có tài sản bảo đảm ngay khi ký kết hợp đồng bảo lãnh, hay nói cách khác là bảo lãnh mang tính chất biện pháp bảo đảm đối nhân, việc bên bảo lãnh giao tài sản để thanh toán cho nghĩa vụ chỉ thực hiện khi bên được bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ chứ không bắt buộc phải chỉ rõ tài sản bảo đảm khi thực hiện bảo lãnh.

Tóm lại, có sự thay đổi trong quan điểm của Bộ luật dân sự năm 2005 so với Bộ luật dân sự năm 1995 về thế chấp và bảo lãnh, theo đó thì việc bên thứ ba tham gia vào một giao dịch bảo đảm không phải là căn cứ xác định biện pháp bảo đảm là thế chấp hay bảo lãnh mà cơ

sở quan trọng nhất là tại thời điểm giao kết hợp đồng bảo đảm có xác định một tài sản cụ thể để bảo đảm nghĩa vụ dân sự hay không. Điều đó thể hiện tinh thần của Bộ luật dân sự năm 2005 theo hướng thế chấp là biện pháp bảo đảm đối vật, còn bảo lãnh mang tính bảo đảm đối nhân tại thời điểm thực hiện giao kết giao dịch bảo đảm.

Rủi ro pháp lý xuất hiện từ những bất cập

Trên cơ sở tinh thần của Bộ luật dân sự năm 2005 về giao dịch bảo đảm, Chính phủ và các bộ liên quan đã ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành. Chính phủ đã ban hành Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm và gần đây nhất là Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 về sửa đổi Nghị định 163/2006/NĐ-CP, Bộ Tư pháp và Bộ Tài nguyên Môi trường cũng ban hành các Thông tư liên tịch về đăng ký giao dịch bảo đảm, về công chứng, chứng thực hợp đồng bảo đảm. Các văn bản hướng dẫn này đều thay đổi theo hướng thay thế khái niệm bảo lãnh bằng khái niệm thế chấp của người thứ ba/thế chấp để đảm bảo nghĩa vụ của người khác, cụ thể tại khoản 4 Điều 72 Nghị định 163/2006/NĐ-CP, khoản 22 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP, điểm 2.1 khoản 2 mục 2 Thông tư liên tịch số 03/2006/TTLT-BTP-

BTNTM ngày 13/06/2006, điểm 1.1 khoản 1 mục I Thông tư liên tịch số 04/2006/TTLT-BTP-BTNMT ngày 13/06/2006. Do đó các ngân hàng thương mại Việt Nam khi thực hiện các giao dịch bảo đảm trước đây thực hiện Hợp đồng bảo lãnh (có tài sản bảo đảm) thì nay chuyển sang Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba, còn hình thức bảo lãnh chỉ áp dụng cho các trường hợp bảo lãnh không bằng tài sản cụ thể, chẳng hạn như bảo lãnh của Chính phủ, Bộ Tài chính, Ngân hàng Phát triển, các Quỹ bảo lãnh, các doanh nghiệp... Tuy nhiên, khi có Tòa án tuyên bố Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của bên thứ ba vô hiệu đã gây nên những hậu quả pháp lý nghiêm trọng, nguy cơ ảnh hưởng đến tính hiệu lực của hàng ngàn hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của bên thứ ba trong hệ thống ngân hàng hiện nay, đồng thời tạo một tiền lệ không tốt cho bên bảo đảm lợi dụng để trốn tránh trách nhiệm của mình. Cơ sở của phán quyết do Tòa án này đưa ra là bên thế chấp phải là bên vay, còn nếu bên bảo đảm không phải là bên vay thì phải là bên bảo lãnh chứ không thể là bên thế chấp. Nhìn nhận vụ việc này, có thể thấy rằng việc lập Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba thay thế Hợp đồng bảo lãnh của các ngân hàng đều dựa trên những cơ sở pháp lý và phù hợp với hoạt động thực tiễn, cụ thể là:



Việc tạo lập một hình thức pháp lý chặt chẽ và minh bạch về giao dịch bảo đảm không những góp phần giảm bớt rủi ro cho ngân hàng, mà còn tạo điều kiện cho các doanh nghiệp, cá nhân dễ dàng tiếp cận nguồn vốn vay.



Việc chuyển đổi từ Hợp đồng bảo lãnh sang Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba/thế chấp để đảm bảo nghĩa vụ của người khác không những căn cứ trên tinh thần của Bộ luật dân sự năm 2005 về biện pháp bảo đảm mà còn thực hiện theo đúng các văn bản hướng dẫn thi hành. Ngoài ra, các cơ quan công chứng và đăng ký giao dịch bảo đảm chỉ chấp nhận công chứng, chứng thực cũng như đăng ký giao dịch bảo đảm đối với Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của bên thứ ba, hoàn toàn không công chứng hợp đồng bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất. Điều này cho thấy thực tiễn kinh doanh đòi hỏi các ngân hàng cần thực hiện theo các văn bản hướng dẫn thi hành.

Nội dung của Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba quy định rõ nghĩa vụ được bảo đảm, tài sản bảo đảm, vấn đề xử lý tài sản bảo đảm..., tức là cho dù nhìn nhận dưới tên gọi như thế nào (bảo lãnh hay thế chấp của bên thứ ba), nội dung Hợp đồng đã thể hiện đầy đủ trách nhiệm của bên thế chấp khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ. Căn cứ theo Điều 122 Bộ luật dân sự năm 2005 về điều kiện có hiệu lực của giao kết dân sự, Điều 410 về Hợp đồng dân sự vô hiệu thì Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba đều đảm bảo tính hiệu lực của hợp đồng về năng lực hành vi dân sự, mục đích và nội dung cũng như tính tự nguyện của giao dịch. Do đó, cần căn cứ vào bản chất pháp lý của vấn đề,

không nên dựa vào tên gọi của Hợp đồng để tuyên bố hợp đồng vô hiệu.

Quan điểm khác biệt của Tòa án này đã thể hiện nhận thức không logic về những thay đổi trong quy định thế chấp và bảo lãnh của Bộ luật dân sự năm 2005 so với Bộ luật dân sự năm 1995, không xem xét thực tiễn áp dụng các quy định pháp lý về giao dịch bảo đảm ở Việt Nam. Tuy nhiên, chính sự không đồng nhất trong Bộ luật dân sự năm 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành về biện pháp bảo đảm đã tạo nên những kẽ hở pháp lý dẫn đến nhận thức khác nhau về thế chấp và bảo lãnh.

Trước hết, quy định về xử lý tài sản thế chấp trong Bộ luật dân sự không phù hợp với thực tiễn và với những thay đổi trong quy định về thế chấp. Điều 355 Bộ luật dân sự năm 2005 về xử lý tài sản thế chấp, Điều 336 về xử lý tài sản cầm cố, Điều 338 về thanh toán tiền bán tài sản cầm cố quy định khi bán tài sản bảo đảm nếu tiền bán còn thừa thì trả lại cho bên thế chấp/cầm cố, nếu tiền bán còn thiếu thì bên thế chấp/cầm cố phải trả tiếp phần còn thiếu đó. Trên thực tế, quy định này là không hợp lý trong trường hợp bên thế chấp là bên thứ ba (tức không phải là bên có nghĩa vụ) vì trong trường hợp tiền bán tài sản bảo đảm vẫn không đủ trả nợ thì bên vay (bên có nghĩa vụ) sẽ phải tiếp tục trả nợ, tức là bên thế chấp là bên thứ ba chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi tài sản bảo đảm. Quy định bên thế chấp phải tiếp tục chịu trách nhiệm đối với khoản nợ khi

đã xử lý xong tài sản bảo đảm đã không tạo được sự khác biệt giữa thế chấp của bên thứ ba và bảo lãnh, với quy định này thì cả hai hình thức thế chấp và bảo lãnh, bên bảo đảm vẫn phải chịu trách nhiệm liên đới đến cùng đối với nghĩa vụ được bảo đảm, vô hình chung đã nhìn nhận bên thế chấp chính là bên vay.

Thêm vào đó, các quy định về thế chấp quyền sử dụng đất tại Bộ luật dân sự năm 2005 để làm người ta đi đến nhận định bên thế chấp phải là bên vay (bên có nghĩa vụ) chứ không thể là bên thứ ba, cụ thể là:

Khoản 4 Điều 717, khoản 2 Điều 718 Bộ luật dân sự năm 2005 quy định bên thế chấp có quyền và nghĩa vụ như người vay, chẳng hạn có quyền được nhận tiền vay và có trách nhiệm thanh toán tiền vay đúng hạn, đúng phương thức.

Điều 721 Bộ luật dân sự năm 2005 về xử lý quyền sử dụng đất đã thế chấp quy định "Khi đã đến hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp quyền sử dụng đất mà **bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì quyền sử dụng đất đã thế chấp được xử lý theo thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận hoặc không xử lý được theo thỏa thuận thì bên nhận thế chấp có quyền khởi kiện tại Tòa án**".

Cuối cùng, mặc dù Nghị định 163/2006/NĐ-CP đã thể hiện sự thay đổi quan điểm về bảo lãnh bằng cách khẳng định tại khoản 4 Điều 72 thay đổi bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất bằng thế chấp

quyền sử dụng đất của người thứ ba (hay thế chấp quyền sử dụng đất để đảm bảo nghĩa vụ của người khác theo quy định tại Nghị định số 11/2012/NĐ-CP) nhưng Điều 44 quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đối với bên bảo lãnh như sau: *"Các bên có thể thỏa thuận về việc xác lập giao dịch bảo đảm để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đối với bên bảo lãnh theo quy định của Bộ luật Dân sự, Nghị định này và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan"*. Ngay cả khoản 13 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP sửa đổi Điều 47 Nghị định 163/2006/NĐ-CP quy định về xử lý tài sản bảo lãnh cũng quy định *"Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc cầm cố, thế chấp tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì tài sản thế chấp, cầm cố được xử lý theo quy định tại chương IV của Nghị định này"*. Quy định này lại thể hiện việc bảo lãnh vẫn có thể thực hiện bằng hình thức bảo đảm bằng tài sản (cho dù là không bắt buộc) ngay thời điểm thực hiện bảo lãnh.

Những bất cập trên đã gây khó khăn cho ngân hàng khi thực hiện lập hợp đồng bảo đảm, khi nào sử dụng Hợp đồng thế chấp của bên thứ ba?, khi nào sử dụng hợp đồng bảo lãnh? và nguy cơ đối mặt với rủi ro pháp lý nếu không có nhận thức nhất quán trong hệ thống Tòa án.

Một số đề xuất nhằm hoàn chỉnh quy định về thế chấp/cầm cố và bảo lãnh

Để tạo sự nhất quán trong nhận thức về thế chấp và bảo lãnh, cần đảm bảo sự xuyên suốt trong các quy định của Bộ luật dân sự cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành, cần định nghĩa rõ ràng thế chấp là việc đem một tài sản cụ thể để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự ngay tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm (biện pháp bảo đảm đối vật), còn bảo lãnh là một cam kết về việc trả nợ thay (biện pháp bảo đảm đối nhân), tức tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm không có một tài sản cụ thể nào để đảm bảo cho nghĩa vụ được bảo đảm. Trên

quan điểm này, tác giả kiến nghị một số điều chỉnh như sau:

Thứ nhất, trách nhiệm của bên thế chấp/cầm cố khi tài sản bảo đảm bị xử lý chỉ giới hạn trong phạm vi số tiền bán được từ việc bán tài sản bảo đảm, còn nếu tiền bán tài sản bảo đảm còn thiếu bên có nghĩa vụ phải tiếp tục trả nợ. Như vậy trong trường hợp bên thế chấp/bên cầm cố đồng thời là bên vay thì sẽ tiếp tục nghĩa vụ trả nợ, còn bên thế chấp/bên cầm cố là bên thứ ba thì nghĩa vụ của bên thế chấp/bên cầm cố chấm dứt, bên vay (bên có nghĩa vụ) có trách nhiệm đối với khoản nợ còn thiếu. Điều này tạo nên sự khác biệt cơ bản về trách nhiệm pháp lý đối với nghĩa vụ được bảo đảm giữa thế chấp và bảo lãnh khi xử lý tài sản bảo đảm, bởi trách nhiệm của bên bảo lãnh phải liên đới trả nợ đến cùng đối với khoản vay và phù hợp với thực tiễn áp dụng pháp luật. Do đó, cần sửa đổi Điều 355 Bộ luật dân sự năm 2005 về xử lý tài sản thế chấp, Điều 336 về xử lý tài sản cầm cố, Điều 338 về thanh toán tiền bán tài sản cầm cố theo hướng khi bán tài sản bảo đảm nếu tiền bán còn thừa thì trả lại cho bên thế chấp/cầm cố, nếu tiền bán còn thiếu thì bên có nghĩa vụ phải trả tiếp phần còn thiếu đó.

Thứ hai, để tránh nhận thức sai lầm về vấn đề thế chấp, cần sửa đổi Điều 721 Bộ luật dân sự năm 2005 về xử lý quyền sử dụng đất đã thế chấp, không sử dụng khái niệm bên thế chấp mà phải là bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì quyền sử dụng đất thế chấp bị xử lý theo thỏa thuận. Đồng thời có thể bỏ quy định về quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp như được nhận tiền vay, phải thanh toán tiền vay đúng hạn; đúng phương thức tại Khoản 4 Điều 717, khoản 2 Điều 718 Bộ luật dân sự năm 2005 vì quyền và nghĩa vụ này sẽ được thiết lập cụ thể trong giao kết hợp đồng bảo đảm và hợp đồng tín dụng.

Thứ ba, để đảm bảo có sự phân định rạch ròi giữa thế chấp và bảo lãnh, cần lấy việc có hay không có tài sản bảo đảm cụ thể tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm làm căn cứ xác định thế chấp hay

bảo lãnh. Nếu khi giao kết giao dịch bảo đảm mà không chỉ ra một tài sản bảo đảm cụ thể làm vật bảo đảm mà chỉ là cam kết thì đó là bảo lãnh (mang tính đối nhân), ngược lại là thế chấp. Tuy nhiên sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm, do mức độ tín nhiệm của bên bảo lãnh hay vì một lý do nào đó mà bên nhận bảo lãnh thấy cần thiết phải có tài sản bảo đảm thì các bên có thể thỏa thuận giao dịch bảo đảm (thế chấp, cầm cố) để đảm bảo nghĩa vụ bảo lãnh. Như vậy trong trường hợp này, cùng với đề xuất sửa đổi trách nhiệm của bên thế chấp/cầm cố khi tài sản bảo đảm bị xử lý, trách nhiệm đối với nghĩa vụ được bảo đảm của bên bảo lãnh sẽ rộng hơn đối với bên thế chấp, khi xử lý tài sản bảo đảm mà vẫn không hoàn trả hết nợ thì bên bảo lãnh vẫn chịu trách nhiệm liên đới trả nợ đối với nghĩa vụ được bảo đảm. Do đó cần sửa Điều 44 Nghị định 163/2006/NĐ-CP theo hướng *"Sau thời điểm giao kết giao dịch bảo lãnh, các bên có thể thỏa thuận về việc xác lập giao dịch bảo đảm để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đối với bên bảo lãnh theo quy định của Bộ luật Dân sự, Nghị định này và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan"*. Với sự điều chỉnh này, sự nhìn nhận về sự khác biệt giữa thế chấp và bảo lãnh sẽ rõ ràng và ít nhầm lẫn hơn.

Tóm lại, khung pháp lý về biện pháp bảo đảm hiện nay chưa qui định rõ ràng về thế chấp và bảo lãnh đang đẩy các ngân hàng đối mặt với rủi ro pháp lý khi thực hiện các giao dịch đảm bảo vay vốn, đồng thời cản trở các doanh nghiệp tiếp cận nguồn vốn vay. Sự thay đổi một số nội dung qui định về biện pháp bảo đảm là rất cần thiết nhằm tạo lập một môi trường pháp lý minh bạch và hiệu quả, góp phần tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động kinh doanh ngân hàng, khơi thông nguồn vốn tín dụng nhằm thúc đẩy phát triển kinh tế của đất nước ■

Tài liệu tham khảo:

1. Nguyễn Xuân Bang, *Hiểu thế nào về thế chấp và bảo lãnh theo quy định của Bộ luật dân sự*, Báo Pháp luật và xã hội, 2012.

2. Hoàng Duy, *Ngân hàng đầu đầu với nguy cơ Hợp đồng thế chấp vô hiệu*, Báo Đầu tư chứng khoán, 2012.