



Góc nhìn mới về gọi bảo lãnh

ThS. BÙI ĐỨC GIANG

Gọi bảo lãnh là việc bên nhận bảo lãnh yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ này. Bộ luật dân sự và Nghị định 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 29/12/2006 được bổ sung sửa đổi bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 (Nghị định 163) và Luật phá sản về cơ bản đã đề cập tới các khía cạnh khác nhau của việc gọi bảo lãnh trong và ngoài thủ tục phá sản của bên được bảo lãnh và bên bảo lãnh. Tuy vậy, có thể dễ nhận thấy là còn khá nhiều bất cập trong quy định hiện hành mà nhà lập pháp cần xem xét sửa đổi để tăng cường cơ sở pháp lý cho biện pháp bảo đảm này vốn thường xuyên được sử dụng trong thực tế nhất là trong các quan hệ tín dụng.

1. Gọi bảo lãnh ngoài thủ tục phá sản

Điều kiện gọi bảo lãnh – Cam kết bảo lãnh phát sinh trong mối quan hệ phụ thuộc với nghĩa vụ của bên được bảo lãnh. Do tính chất phụ thuộc này của bảo lãnh, bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện việc bảo lãnh khi nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đã đến hạn. Bảo lãnh tự động chấm dứt nếu nghĩa vụ được bảo đảm bằng bảo lãnh không còn (khoản 1, điều 371, Bộ luật dân sự).

Theo quy định tại điều 361 của Bộ luật dân sự, nếu khi nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn mà bên được bảo lãnh (chẳng hạn bên đi vay) không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ này thì bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh và các bên có thể thỏa thuận về

việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ) không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Như vậy, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì khi nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ này, bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh mà không cần phải chứng minh với bên bảo lãnh việc bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ.

Khoản 1, điều 2, Quyết định 26 khi định nghĩa bảo lãnh ngân hàng cũng lấy lại khái niệm bảo lãnh của Bộ luật dân sự. Theo đó, bảo lãnh ngân hàng là cam kết bằng văn bản của tổ chức tín dụng (bên bảo lãnh) với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng (bên được bảo lãnh) khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh.

Dưới góc độ luật so sánh, cách tiếp cận của nhà làm luật Việt Nam rất giống với cách tiếp cận của pháp luật Anh theo đó nếu không có thỏa thuận khác thì bên bảo lãnh không thể buộc bên nhận bảo lãnh yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ của mình trước khi gọi bảo lãnh⁽¹⁾ ngay cả khi bên được bảo lãnh hoàn toàn có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình⁽²⁾. Bên nhận bảo lãnh không nhất thiết phải xử lý các tài sản bảo đảm của bên có nghĩa vụ trước khi yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh⁽³⁾ nhưng nếu như bên

nhận bảo lãnh lựa chọn xử lý các tài sản bảo đảm này thì phải làm sao đạt được mức giá bán cao nhất để giảm bớt khoản nợ được bảo lãnh.

Pháp luật của Pháp đi theo hướng ngược lại. Hình thức bảo lãnh như quy định của pháp luật Việt Nam được pháp luật Pháp gọi là bảo lãnh độc lập (garantie autonome) là một dạng bảo lãnh đặc biệt và rất khác biệt so với bảo lãnh thông thường⁽⁴⁾. Trong trường hợp bảo lãnh thông thường, bên bảo lãnh chỉ thực hiện cam kết bảo lãnh khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh và có bằng chứng về việc bên có nghĩa vụ không có khả năng thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh. Quy định như thế bảo vệ tốt hơn bên bảo lãnh bởi vì trừ bảo lãnh do ngân hàng phát hành với tính chất là một nghiệp vụ kinh doanh, trong trường hợp bảo lãnh một khoản vay chẳng hạn, bên bảo lãnh thường không được nhận phí bảo lãnh và không (hoặc không trực tiếp) liên quan tới việc thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh được nêu trong phương án vay của bên đi vay. Và khác với pháp luật Việt Nam, việc bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh ngay khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh chỉ được áp dụng khi các bên có thỏa thuận rõ ràng trong hợp đồng bảo lãnh, tức là khi đó bên bảo lãnh hiểu rõ mức độ cam kết của mình và rủi ro gắn với cam kết đó⁽⁵⁾.

Có thể chính vì tính chất "có lợi" rõ ràng cho bên nhận bảo lãnh của bảo lãnh theo quy định hiện nay của pháp luật Việt Nam (pro-creditor nature) nên trong quá trình



dàm phán, các ngân hàng hay doanh nghiệp nước ngoài với tư cách là bên cho vay thường không dẫn đo lựa chọn áp dụng pháp luật Việt Nam đối với hợp đồng bảo lãnh.

Để hạn chế rủi ro, bên bảo lãnh nên cố gắng đàm phán để đưa ra điều khoản về thực hiện bảo lãnh. Theo đó, bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh khi bên nhận bảo lãnh chứng minh được (i) nghĩa vụ đã đến hạn, (ii) bên được bảo lãnh không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ và (iii) bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ.

Tính chất đối kháng với bên bảo lãnh của việc thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh trước thời hạn hoặc sau thời hạn – Khoản 2, điều 41 của Nghị định 163 quy định, bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh trước thời hạn do phạm nghĩa vụ đó nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đó. Có thể trong tư duy của nhà làm luật, bên có quyền có thể yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh ngay lập tức bởi vì việc thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn cho thấy nguy cơ bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình và biện pháp bảo lãnh được sử dụng để “cứu nguy” cho bên có quyền (bên nhận bảo lãnh). Tuy vậy, cũng cần phải thấy việc bên có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn chỉ phản ánh sự mất lòng tin của bên có quyền vào bên được bảo lãnh chứ không phải sự mất lòng tin của bên nhận bảo lãnh vào bên bảo lãnh. Do đó, nên tôn trọng thời hạn thực hiện nghĩa vụ ban đầu, tức là bên bảo lãnh sẽ chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi hết thời hạn này trừ trường hợp bên bảo lãnh chấp thuận trong cam kết bảo lãnh việc phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi

bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn.

Ngược lại, trong trường hợp bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) gia hạn thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh), liệu bên bảo lãnh có được lùi thời hạn thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh không? Không có một câu trả lời nào được nêu trong các quy định hiện hành. Về nguyên tắc, tính chất phụ thuộc của nghĩa vụ bảo lãnh vào nghĩa vụ được bảo lãnh dường như kéo theo việc bên bảo lãnh không thể bị truy cứu trách nhiệm trước bên có nghĩa vụ, tức là bên bảo lãnh cũng được hưởng việc gia hạn thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Tuy nhiên, điều này cũng không loại trừ khả năng bên bảo lãnh thanh toán ngay cho bên nhận bảo lãnh tại thời điểm nghĩa vụ đến hạn như đã thỏa thuận ban đầu để tránh việc tăng số nợ phải trả⁽⁶⁾ cho bên nhận bảo lãnh và sau đó sẽ yêu cầu bên được bảo lãnh hoàn trả theo quy định tại điều 45, Nghị định 163.

Một nghĩa vụ được bảo đảm bằng nhiều biện pháp bảo đảm – Theo quy định tại điều 7, Nghị định 163, trong trường hợp một nghĩa vụ được bảo đảm bằng nhiều biện pháp bảo đảm, bên nhận bảo đảm có thể lựa chọn giao dịch bảo đảm để xử lý hoặc xử lý tất cả các giao dịch bảo đảm, nếu các bên không có thỏa thuận khác. Như vậy, nếu trong trường hợp, ngoài bảo lãnh, ngân hàng với tư cách là bên cho vay còn nhận thế chấp, cầm cố tài sản của bên đi vay thì khi bên đi vay không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ quy định trong hợp đồng tín dụng, ngân hàng có thể lựa chọn gọi bảo lãnh trước tiên⁽⁷⁾. Quy định này chứa đựng nhiều rủi ro cho bên bảo lãnh, vì đáng lẽ bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ, bên đi vay) phải là bên đầu tiên phải chịu trách nhiệm hoàn trả khoản vay bằng tài sản của mình được đem ra làm tài sản bảo đảm và cam kết bảo lãnh chỉ nhằm đưa lại bảo đảm bổ

sung cho sự thiếu hụt tài sản bảo đảm của bên được bảo lãnh mà thôi! Pháp luật Anh cũng đang đi theo hướng tiếp cận của pháp luật Việt Nam⁽⁸⁾ trong khi pháp luật Pháp có cách tiếp cận hoàn toàn ngược lại.

Đồng bảo lãnh – Điều 365 của Bộ luật dân sự công nhận hai trường hợp đồng bảo lãnh:

- Nếu các bên có thỏa thuận hay pháp luật quy định⁽⁹⁾ các bên bảo lãnh theo phần độc lập thì người có quyền chỉ có thể yêu cầu bên đồng bảo lãnh liên quan thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong phần bảo lãnh tương ứng.

- Nếu không có thỏa thuận hoặc pháp luật không quy định, thì chế định đồng bảo lãnh mặc nhiên trở thành bảo lãnh liên đới và người có quyền có thể yêu cầu bất cứ bên bảo lãnh liên đới nào thực hiện toàn bộ nghĩa vụ được bảo lãnh. Bên bảo lãnh liên đới sau khi đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ được bảo lãnh có quyền yêu cầu các bên bảo lãnh liên đới còn lại phải hoàn trả phần giá trị bảo lãnh mà mình đã thay thế họ thực hiện. Có ý kiến cho rằng quy định về quyền đòi bồi hoàn của người bảo lãnh đối với những người bảo lãnh khác như thế là không phù hợp bởi những người bảo lãnh liên đới là bảo lãnh đồng thời, không phải là tái bảo lãnh nên khi nghĩa vụ đã được thực hiện thì nghĩa vụ của họ cũng không còn. Người bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ hộ bên được bảo lãnh phải đòi lại tài sản từ bên được bảo lãnh chứ không phải từ những người bảo lãnh còn lại⁽¹⁰⁾. Về lý thuyết, việc truy đòi bên được bảo lãnh sẽ giúp bên bảo lãnh liên đới đã thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh có thể được thanh toán toàn bộ số tiền đã trả cho bên nhận bảo lãnh thay vì được thanh toán từng phần trong trường hợp truy đòi từ các bên bảo lãnh liên đới khác. Hơn nữa, cách thức này có thể giúp tránh việc các bên bảo lãnh liên đới khác phải truy đòi tài sản từ bên được bảo lãnh sau khi thanh toán cho bên bảo

lãnh liên đới đã thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Song có lẽ phương pháp này chỉ nên được áp dụng trong trường hợp bên được bảo lãnh có khả năng thanh toán. Hơn nữa, nếu bỏ quyền bồi hoàn này thì bảo lãnh liên đới sẽ chứa đựng rất nhiều rủi ro bởi bên nhận bảo lãnh có toàn quyền quyết định sẽ yêu cầu ai trong số các bên bảo lãnh liên đới phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh thay cho bên được bảo lãnh. Pháp luật của Anh⁽¹¹⁾ hay của Pháp⁽¹²⁾ đều có quy định tương tự về quyền bồi hoàn như quy định này của pháp luật Việt Nam. Mặt khác, điều 365, Bộ luật dân sự chỉ quy định việc một bên bảo lãnh liên đới đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ yêu cầu những người bảo lãnh liên đới còn lại phải thực hiện phần nghĩa vụ của họ đối với mình là quyền, chứ không phải là nghĩa vụ của bên này. Tức là, pháp luật không cấm bên bảo lãnh liên đới này yêu cầu bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ) thanh toán cho mình toàn bộ số tiền đã trả cho bên nhận bảo lãnh mà không cần phải yêu cầu các bên bảo lãnh liên đới khác thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của họ.

Thông thường, để hạn chế rủi ro, các bên bảo lãnh liên đới nên thỏa thuận trước với nhau về việc thực hiện cam kết bảo lãnh của mình. Theo đó, nếu các bên bảo lãnh liên đới cam kết bảo lãnh với tỷ lệ bằng nhau thì phần phải thanh toán của các bên bằng nhau và nếu một trong các bên bảo lãnh liên đới không có khả năng thanh toán thì các bên đồng bảo lãnh khác sẽ cùng chia sẻ phần trách nhiệm bảo lãnh của bên này với tỷ lệ bằng nhau. Còn nếu phần cam kết bảo lãnh của các bên khác nhau thì phần nợ mà họ phải thanh toán được xác định theo tỷ lệ mà họ đã cam kết. Để xác định được khoản tiền phải bồi hoàn cho bên bảo lãnh liên đới đã đứng ra thực hiện toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh, đầu tiên phải cộng tất cả các khoản bảo lãnh (tổng giá trị của các khoản bảo lãnh bằng giá trị của khoản nợ được bảo đảm). Sau đó tính tỷ lệ phần trăm của giá trị từng cam kết bảo lãnh trên tổng giá trị của các khoản bảo lãnh nhận được. Cuối cùng, số phần trăm tính được đối với từng khoản bảo lãnh sẽ được áp dụng cho khoản nợ. Nếu một trong số các bên bảo lãnh liên đới không có khả năng trả nợ thì không tính giá trị cam kết bảo lãnh của bên này.

Bù trừ nghĩa vụ - Theo quy định tại khoản 2, điều 366, Bộ luật dân sự, bên bảo lãnh không phải thực hiện nghĩa vụ bảo

lãnh trong trường hợp bên nhận bảo lãnh có thể bù trừ nghĩa vụ với bên được bảo lãnh. Điều này có nghĩa là nếu bên nhận bảo lãnh có nghĩa vụ về tài sản với bên được bảo lãnh và nếu đủ các điều kiện về bù trừ nghĩa vụ quy định tại điều 380 của Bộ luật dân sự thì nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh và nghĩa vụ của bên được bảo lãnh (nghĩa vụ được bảo lãnh) phải được bù trừ và bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với phần chênh lệch nếu có.

2. Gọi bảo lãnh trong thủ tục phá sản

Nghĩa vụ khai báo khoản nợ - Trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày cuối cùng đăng báo về quyết định của Tòa án mở thủ tục phá sản, mọi chủ nợ đều có nghĩa vụ gửi giấy đòi nợ cho Tòa án, trong đó nêu cụ thể khoản nợ, số nợ đến hạn và chưa đến hạn mà doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản phải trả kèm theo các tài liệu chứng minh về khoản nợ đó. Nếu một chủ nợ không gửi giấy đòi nợ trong thời hạn này đến Tòa án thì sẽ được coi là từ bỏ quyền đòi nợ (điều 51 của Luật phá sản năm 2004). Như vậy, trong trường hợp bên nhận bảo lãnh không gửi giấy đòi nợ đến Tòa án thì khoản nợ được bảo đảm sẽ mặc nhiên chấm dứt và lúc này cam kết bảo lãnh không thể thực hiện được do đối tượng không còn (khoản 1, điều 371, Bộ luật dân sự), tức là bên bảo lãnh được giải phóng khỏi nghĩa vụ bảo lãnh.

Thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản - Theo quy định tại khoản 3, điều 27 của Luật phá sản 2004 và khoản 2.3, điều 1, mục II của Nghị quyết số 03/2005/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân tối cao ngày 28/04/2005 (Nghị quyết 03), kể từ ngày Tòa án thụ lý đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản, nguyên tắc chung là tạm đình chỉ xử lý tài sản bảo đảm của doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản. Thẩm phán chỉ cho phép xử lý tài sản bảo đảm nếu việc xử lý tài sản bảo đảm không ảnh hưởng lớn đến hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp và việc xử lý tài sản là cần thiết và có lý do chính đáng cho việc xử lý tài sản bảo đảm. Như vậy, về nguyên tắc khi lâm vào tình trạng phá sản, bên được bảo lãnh được tạm hoãn thực hiện nghĩa vụ về tài sản. Với tính chất phụ thuộc của bảo lãnh, liệu bên bảo lãnh có được hưởng quyền tạm hoãn thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hay

không?

Khoản 3, điều 39, Luật phá sản đặt ra nguyên tắc, theo đó trong trường hợp bên được bảo lãnh hoặc cả bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh đều lâm vào tình trạng phá sản thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh. Có thể hiểu về lý thuyết, việc mở thủ tục phá sản là lúc xuất hiện nguy cơ mà bên nhận bảo lãnh muốn tránh và cũng chính là thời điểm mà bảo lãnh được xem như có thể phát huy tác dụng nhiều nhất. Khoản 3, điều 62 của Luật phá sản quy định bên bảo lãnh sau khi trả nợ thay cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có quyền tham gia Hội nghị chủ nợ và trở thành chủ nợ không có bảo đảm. Đọc kết hợp hai quy định này có thể có hai cách hiểu khác nhau:

- Khi bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản, khoản nợ được bảo lãnh mặc nhiên đến hạn và bên bảo lãnh phải thực hiện thay nghĩa vụ của bên được bảo lãnh.

- Khi bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản, chỉ khi có căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì bên bảo lãnh mới phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Về cách hiểu thứ nhất, có thể thấy quy định về việc nghĩa vụ được bảo lãnh mặc nhiên đến hạn khi bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản mâu thuẫn với quy định chung về việc đến hạn của các khoản nợ trong thủ tục phá sản nêu tại điều 34 của Luật phá sản, theo đó chỉ khi Thẩm phán ra quyết định mở thủ tục thanh lý đối với doanh nghiệp thì các khoản nợ chưa đến hạn vào thời điểm mở thủ tục thanh lý mới được xử lý như các khoản nợ đến hạn. Hơn nữa, cách tiếp cận này cho thấy thiên hướng của nhà làm luật quá nghiêng về bảo vệ bên nhận bảo lãnh. Thông thường, do tính chất phụ trợ của biện pháp bảo lãnh, bên bảo lãnh không thể chịu thiệt thòi hơn là bên có nghĩa vụ. Ngoài ra, trong trường hợp bên bảo lãnh là giám đốc và là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp mất khả năng thanh toán thì giải pháp này có thể dẫn tới việc anh ta trì hoãn việc thực hiện nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản và do đó tác động xấu tới quá trình phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp về sau trong thủ tục phá sản.

Cách hiểu thứ hai phù hợp hơn vì nó tôn trọng nguyên tắc về trình tự gọi bảo lãnh và giúp bảo vệ tốt hơn quyền lợi của

bên bảo lãnh.

Tuy nhiên, Luật phá sản cần làm rõ hơn điểm này để tháo gỡ các vướng mắc trong thực tiễn áp dụng. Cũng cần phân biệt trường hợp người bảo lãnh là cá nhân và trường hợp người bảo lãnh là doanh nghiệp. Pháp luật cần bảo vệ tốt hơn người bảo lãnh là cá nhân – theo nghĩa là người tiêu dùng không phải là bên hoạt động chuyên nghiệp – thông qua việc quy định tạm hoãn việc gọi bảo lãnh cho tới khi dừng việc thực hiện phương án phục hồi hoạt động kinh doanh hay khi thực hiện thủ tục thanh lý tài sản của bên được bảo lãnh.

Bên bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản – Về điểm này, có sự mâu thuẫn trong quy định của Luật phá sản và Nghị định 163. Thực vậy, theo quy định tại khoản 2, điều 39, Luật phá sản, nếu người bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản thì người được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản đối với người nhận bảo lãnh, tức là khi đó bảo lãnh mặc nhiên chấm dứt trong khi đó khoản 1 điều 48, Nghị định 163 quy định chỉ áp dụng phương án này nếu nghĩa vụ bảo lãnh chưa phát sinh⁽¹³⁾ và bên bảo lãnh vẫn phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh nếu nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn và bên được bảo lãnh chỉ thanh toán phần còn thiếu nếu bên bảo lãnh không thanh toán đầy đủ trong phạm vi bảo lãnh.

Như đã phân tích ở trên, bên nhận bảo lãnh có thể gọi bảo lãnh ngay khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ mà không cần phải chứng minh bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Có lẽ giải pháp buộc bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh khi đến hạn của Nghị định 163 là hệ quả của cách nhìn nhận bảo lãnh này. Đây là một điều đáng tiếc bởi khi bên bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản, nếu giảm bớt được việc thực hiện các nghĩa vụ về tài sản sẽ đưa lại nhiều hy vọng cho việc phục hồi hoạt động của bên bảo lãnh. Pháp luật phá sản của các nước (Mỹ, Anh, Pháp...) cũng đi theo xu hướng bảo vệ tốt hơn doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản bằng cách đưa ra nhiều cơ chế giúp doanh nghiệp có thể vượt qua khó khăn, ổn định sản xuất kinh doanh.

Bù trừ nghĩa vụ - Điều 48 của Luật phá sản cho phép chủ nợ và doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản thực hiện việc bù trừ nghĩa vụ đối với những giao dịch được xác lập trước khi có quyết định mở thủ

tục phá sản. Nếu như bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh có thể tiến hành việc bù trừ nghĩa vụ thì bên bảo lãnh có quyền yêu cầu các bên này thực hiện việc bù trừ để giảm gánh nặng bảo lãnh của mình. Tuy vậy, Luật phá sản đặt ra một hạn chế đối với ngân hàng nơi doanh nghiệp bị áp dụng thủ tục thanh lý có tài khoản tại khoản 2, điều 59 theo đó nghiêm cấm ngân hàng này không được thực hiện việc bù trừ nghĩa vụ của ngân hàng với các khoản mà doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản vay của ngân hàng.

3. Thứ tự ưu tiên thanh toán giữa bên nhận bảo lãnh và các bên nhận tài sản bảo đảm khác

Điều 47a, Nghị định 163 quy định riêng về thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận bảo lãnh và giữa bên nhận bảo lãnh với bên nhận cầm cố, bên nhận thế chấp, bên nhận đặt cọc, bên nhận ký cược, bên nhận ký quỹ (bên nhận giao dịch bảo đảm bằng tài sản). Theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 của điều này, bên nhận giao dịch bảo đảm bằng tài sản sẽ được ưu tiên thanh toán trước bên nhận bảo lãnh nếu giao dịch bảo đảm bằng tài sản được đăng ký và nếu không thì thứ tự ưu tiên thanh toán sẽ được xác định theo thứ tự xác lập giao dịch bảo đảm. Quy định này bộc lộ một số hạn chế nhất định. Thông thường, khi nhận bảo lãnh, ngân hàng thường yêu cầu bên bảo lãnh dùng tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh. Điều 44 của Nghị định 163 công nhận giá trị pháp lý của các giao dịch bảo đảm bằng tài sản đó và về nguyên tắc các giao dịch này hoàn toàn có thể được đăng ký tại cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm có thẩm quyền. Không có lý do gì để có thể coi trong trường hợp này quyền của bên nhận bảo lãnh chỉ được thực hiện sau quyền của các bên nhận bảo đảm bằng tài sản khác, mà khi đó phải áp dụng điều 325 của Bộ luật dân sự, theo đó giao dịch bảo đảm nào đăng ký trước thì sẽ được ưu tiên thanh toán trước và nếu không có giao dịch bảo đảm nào được đăng ký thì thứ tự ưu tiên thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập giao dịch bảo đảm. Hơn nữa, như đã phân tích ở trên, bảo lãnh theo quy định của pháp luật hiện hành là chế độ bảo vệ tối đa quyền lợi của bên nhận bảo lãnh nên có vẻ quy định này đi ngược lại tinh thần chung của Bộ luật dân sự.

Từ những phân tích nêu trên có thể thấy nếu nhà làm luật muốn bảo vệ tốt hơn bên bảo lãnh thì cần sửa đổi tính chất của

bảo lãnh: Pháp luật về giao dịch bảo đảm và pháp luật phá sản cũng cần được hoàn thiện để xử lý tốt hơn và thống nhất hơn vấn đề số phần cam kết bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh hay bên được bảo lãnh lâm vào tình trạng phá sản. Về phần mình, trước các quy định rõ ràng mang tính chất bất lợi với mình của pháp luật hiện hành, bên bảo lãnh cần xem xét cẩn trọng phạm vi và nội dung cam kết của mình trước khi đặt bút ký cam kết bảo lãnh■

Chú thích

(1) Các bản án tiêu biểu: *Belfast Banking Co v Stanley* (1867) 15 WR 989, *Rede v Farr* (1817) 6 M & S 121, *Lilley v Hewitt* (1822) 11 Price 494 và *Ewart v Latta* (1865) 4 Macq 983.

(2) Bản án *Wright v Simpson* (1802) 6 Ves 714.

(3) Bản án *Heeley* (1832) 1 Cr & M 249 and *Re Howe*, ex p *Brett*.

(4) Pháp luật của Anh cũng công nhận khái niệm "bảo lãnh độc lập" (on demand guarantee, demand performance guarantee) nhưng biện pháp này chỉ khác với bảo lãnh thông thường ở chỗ trong trường hợp này bên bảo lãnh có thể gọi bảo lãnh mà không cần phải có bằng chứng về việc bên được bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ.

(5) Về mặt hình thức, tên gọi bảo lãnh độc lập phải được viết rõ trong hợp đồng bảo lãnh.

(6) Theo quy định tại điều 363, Bộ luật dân sự, nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

(7) Chẳng hạn, trong trường hợp công ty mẹ bảo lãnh cho công ty con vay vốn, ngân hàng đương nhiên sẽ được lợi hơn khi gọi bảo lãnh vì thông thường công ty mẹ có tiềm lực tài chính tốt hơn công ty con.

(8) Bản án *White v Davenham Trust Ltd* [2011] EWCA Civ 747, xem thêm: David Milman, "Security interests and quasi-security claims in UK corporate insolvency law: current issues", *Company Law Newsletter*, 2011.

(9) Một trong các trường hợp mà pháp luật quy định là trường hợp công ty mẹ là doanh nghiệp Nhà nước bảo lãnh cho doanh nghiệp có vốn góp của công ty mẹ để vay vốn tại ngân hàng (được hiểu là bao gồm cả ngân hàng nước ngoài) và các tổ chức tín dụng và trong trường hợp này, tỷ lệ (%) bảo lãnh của từng khoản vay không được vượt quá tỷ lệ (%) góp vốn của công ty mẹ trong doanh nghiệp được bảo lãnh vay vốn và tổng các khoản bảo lãnh vay vốn không được vượt quá số vốn góp của công ty mẹ trong doanh nghiệp đó (khoản 3, điều 3, Thông tư số 242/2009/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 30/12/2009 hướng dẫn thi hành một số điều của Quy chế Quản lý tài chính của công ty Nhà nước và Quản lý vốn Nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác ban hành kèm theo Nghị định số 09/2009/NĐ-CP ngày 05/02/2009 của Chính phủ).

(10) Phần bình luận điều 365 (mục 58), Dự thảo Báo cáo rà soát Bộ luật dân sự 2005.

(11) D. Adams, *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010, trang 159.

(12) Điều 2310, Bộ luật dân sự Pháp.

(13) Lúc này, bên được bảo lãnh phải thay thế biện pháp bảo đảm khác, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Tài liệu tham khảo

1. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, Defrénois, 5^e édition, 2011.

2. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J., 8^e édition, 2011.

3. D. Adams, *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010.

4. G. J. S. Hill, W. J. L. Blair, G. A. Walker, A. McKnight, A. Kramer, *Securities*, Encyclopaedia of Banking Law, LexisNexis, 2010.

5. Shearn & Sterling LLP, "United Kingdom: guarantees – non-banking context", *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2011.