

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI

NGUYỄN THỊ THANH THUY

**BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG
THƯƠNG MẠI THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM HIỆN NAY**

Chuyên ngành: Luật Kinh tế

Mã số : 60.38.01.07

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: TS. ĐẶNG VŨ HUÂN

HÀ NỘI. 2017

LỜI CAM ĐOAN

Tôi xin cam đoan đây là công trình nghiên cứu của riêng tôi. Các số liệu nêu trong luận văn là hoàn toàn trung thực và có nguồn trích dẫn rõ ràng. Kết quả nghiên cứu của luận văn không có sự trùng lặp với bất kỳ công trình nào đã công bố.

Hà Nội, tháng 5 năm 2017

Tác giả

Nguyễn Thị Thanh Thủy

MỤC LỤC

| | |
|---|-----------|
| MỞ ĐẦU | 1 |
| Chương 1: NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI | 7 |
| 1.1. Khái quát chung về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại | 7 |
| 1.2. Pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại | 15 |
| Chương 2: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY | |
| 2.1. Các quy định pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay | 27 |
| 2.2. Thực trạng thực hiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam..... | 37 |
| 2.3. Đánh giá chung về thực trạng pháp luật và thực hiện pháp luật | 45 |
| Chương 3: ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI..... | 54 |
| 3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam | 54 |
| 3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam | 61 |
| KẾT LUẬN | 74 |
| DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO..... | 76 |

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Trong những năm gần đây, nền kinh tế Việt Nam đang có những bước phát triển vượt bậc, đặc biệt là từ khi chính thức trở thành thành viên của Tổ chức Thương mại Thế giới (WTO). Các doanh nghiệp của Việt Nam ngày càng nỗ lực không ngừng mở rộng các lĩnh vực kinh doanh của mình và hội nhập với nền kinh tế thế giới nhằm thu hút vốn, công nghệ và trình độ khoa học tiên tiến của nước ngoài, ký kết, thực hiện các hợp đồng kinh tế. Để có được nguồn vốn sản xuất, kinh doanh, các doanh nghiệp, cá nhân kinh doanh có nhu cầu vay vốn ở các ngân hàng thương mại, tuy nhiên, các doanh nghiệp này chưa đủ uy tín và không có tài sản đảm bảo, nên họ khó có khả năng tiếp cận được nguồn vốn vay của Ngân hàng. Vì vậy, họ rất cần sự bảo đảm của một chủ thể có uy tín hoặc có tài sản đối với quan hệ vay vốn ngân hàng.

Bảo lãnh là một trong các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam. Nó là biện pháp được áp dụng khá rộng rãi và là một biện pháp tạo cơ hội tín dụng cho người có nhu cầu vay vốn. Nếu khách hàng có nhu cầu vay vốn tìm được cho mình người bảo lãnh có đủ năng lực thực hiện nghĩa vụ của người bảo lãnh và nếu được Ngân hàng thương mại chấp nhận, thì sẽ tạo cơ hội cho bên có nhu cầu về vốn được vay vốn và về phía ngân hàng, an toàn tín dụng được bảo đảm khi thực hiện việc cho vay.

Biện pháp bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ngày càng được các doanh nghiệp, cá nhân ưa chuộng để áp dụng phổ biến trong thời gian gần đây. Với lý do để mở rộng sản xuất, đối với từng doanh nghiệp yêu cầu về vốn là một trong những mối quan tâm hàng đầu được đặt ra. Các doanh nghiệp không thể chỉ trông chờ vào vốn tự có mà còn phải biết dựa vào vốn của nhiều nguồn khác nhau trong xã hội. Ngân hàng thương mại với tư cách là nơi tập trung nguồn vốn nhàn rỗi, sẽ tập trung đáp ứng nhu cầu vốn bổ sung cho đầu tư phát

triển, góp phần điều tiết các nguồn vốn, tạo điều kiện cho quá trình sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp không bị gián đoạn, giúp cho doanh nghiệp rút ngắn được thời gian tích lũy vốn nhanh chóng cho đầu tư mở rộng sản xuất, vừa góp phần đẩy nhanh tốc độ tập trung và tích lũy vốn cho nền kinh tế.

Với ý nghĩa thiết thực đối với đời sống kinh tế như vậy, việc nghiên cứu và hoàn thiện hệ thống pháp luật về biện pháp bảo lãnh nói chung, đặc biệt là bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của các ngân hàng thương mại nói riêng, sẽ góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các ngân hàng, doanh nghiệp, cá nhân và người bảo lãnh khi tham gia vào quan hệ cho vay tiền thông qua biện pháp bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại.

Việc điều chỉnh hoạt động bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, Bộ luật Dân sự đã có những quy định khung. Pháp luật chuyên ngành về tín dụng ngân hàng cũng có những quy định chi tiết như Luật các Tổ chức tín dụng, một số các văn bản của Ngân hàng Nhà nước, Ngân hàng thương mại quy định về cho vay và tài sản bảo đảm.

Tuy nhiên, để đáp ứng yêu cầu của nền kinh tế đang trong quá trình hội nhập, pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại hiện hành cần tiếp tục được nghiên cứu, hoàn thiện để đáp ứng các yêu cầu của nền kinh tế nói chung và bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của các bên trong quan hệ này. Vì vậy, việc nghiên cứu đề tài ***“Bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại theo pháp luật hiện nay”*** là nhằm mục đích hướng tới hoàn thiện cơ sở lý luận và thực tiễn để các quy định pháp luật về bảo đảm tiền vay của các ngân hàng thương mại phát huy được tính tích cực của nó trong đời sống kinh tế. Đây là việc làm cần thiết và có ý nghĩa về lý luận và thực tiễn trong giai đoạn hiện nay.

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Liên quan đến việc nghiên cứu pháp luật về bảo đảm tiền vay tại Ngân hàng thương mại, đã có rất nhiều công trình nghiên cứu về các biện pháp bảo

đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng, bảo lãnh ngân hàng... Có thể nêu một số công trình nghiên cứu như: *Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng ở nước ta hiện nay*, Luận văn thạc sĩ luật học của Trương Thị Kim Dung (1997); *Những vấn đề pháp lý về bảo lãnh ngân hàng*, Luận văn thạc sĩ luật học của Nguyễn Thành Long (1999); *Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng*, Luận văn thạc sĩ luật học của Lê Thu Hiền (2003); *Về các biện pháp bảo đảm hợp đồng tín dụng* của PGS.TS Lê Hồng Hạnh, Tạp chí Luật học, số 1/1996; *Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay* của TS. Võ Đình Toàn, Tạp chí Luật học, số 3/2002. “*Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản*” Luận án Tiến sĩ luật học của Nguyễn Văn Hoạt (2005)... *Biện pháp bảo lãnh theo Bộ luật Dân sự năm 2005* của TS. Bùi Đăng Hiếu, tài liệu CD của Khoa Luật Đại học Quốc gia (2008); “*Những điều không thể về giao dịch bảo đảm*”, của Luật sư Trương Thanh Đức, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 24 (161)/12-2009... “*Hợp đồng bảo lãnh không thể xem là hợp đồng phụ của hợp đồng tín dụng*” của LS. Đỗ Hồng Thái - (saigonminhluat.com); “*Những khía cạnh pháp lý cơ bản của giao dịch bảo lãnh bằng tài sản trong quan hệ vay vốn ngân hàng*” của TS. Nguyễn Văn Tuyên, Đại học Luật Hà Nội ; “*Một số vấn đề của quan hệ bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba để đảm bảo nghĩa vụ vay vốn ngân hàng*” của ThS. Vũ Văn Tuyên - <http://congchungdatcang.com.vn>; “*Một số nội dung pháp lý liên quan tới bảo lãnh đối với hợp đồng tín dụng*” của ThS. Nguyễn Thùy Trang, Tạp chí Thị trường Tài chính Tiền tệ số 5 (326) ngày 01/3/2011; “*Hoàn thiện pháp luật bảo đảm tiền vay trong bối cảnh hội nhập*” của ThS. Nguyễn Văn Phương, Tạp chí Ngân hàng số 11 năm 2007; “*Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hoạt động tín dụng của các ngân hàng thương mại: một số nhận định từ góc độ pháp lý đến thực tiễn*” của ThS. Nguyễn Thùy Trang, Công ty Công nghiệp Hóa chất mỏ - TKV - <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/>; “*Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay*” của các tác giả TS. Phạm

Văn Tuyết và TS. Lê Kim Giang, NXB Tư pháp, Hà Nội – 2012; “*Tính lệ thuộc của nghĩa vụ bảo lãnh, một vấn đề ngân hàng cho vay cần quan tâm*”, LS. Đỗ Hồng Thái - <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/>; “*Một số hạn chế của quy định pháp luật về gọi bảo lãnh*” của ThS. Bùi Đức Giang, Tạp chí Ngân hàng số 23, tháng 12 năm 2012; “<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2012/10/08/che-dinh-bao-lnh-cua-viet-nam-nhn-tu-gc-do-luat-so-snh-1/>*Chế định bảo lãnh của Việt Nam – Nhìn từ góc độ luật so sánh*” của ThS. Bùi Đức Giang, Công ty Luật Audier and Partners Vietnam LLC trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 16 (224), tháng 8 năm 2012, tr. 29 – 39.

Các công trình nghiên cứu liên quan đến bảo lãnh bảo đảm tiền vay của các Ngân hàng thương mại đã công bố và dẫn ra ở trên thường gắn với các vụ việc thực tiễn, làm sâu sắc hơn một số khía cạnh pháp lý của biện pháp bảo lãnh hoặc phản ánh các bất cập trong áp dụng pháp luật, chưa có nghiên cứu nào mang tính toàn diện về chế định bảo lãnh với tư cách là biện pháp bảo đảm quan hệ tiền vay của các chủ thể vay với ngân hàng thương mại nhằm làm rõ cơ sở khoa học và thực tiễn về lĩnh vực này. Tuy nhiên, các kết quả nghiên cứu của các công trình trên đây sẽ là những tư liệu quý giá giúp cho học viên trong quá trình nghiên cứu và hoàn thiện Luận văn Thạc sĩ luật học của mình.

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

3.1. Mục đích nghiên cứu

Mục đích nghiên cứu của luận văn là làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay, từ đó, đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật cũng như nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại.

3.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Nhằm đạt được mục đích ở trên, luận văn có các nhiệm vụ cơ bản sau đây:

- Nghiên cứu, làm rõ các vấn đề lý luận về bảo lãnh, pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại;

- Phân tích thực trạng pháp luật và áp dụng pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay; đánh giá và chỉ ra những ưu điểm và những hạn chế, bất cập cần hoàn thiện;

- Trên cơ sở nghiên cứu lý luận và thực tiễn, luận văn kiến nghị các giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt Nam nhằm thúc đẩy quan hệ tín dụng ngân hàng và các giao lưu kinh tế ngày càng phát triển.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận văn này là những vấn đề lý luận pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại; hệ thống pháp luật và thực trạng áp dụng pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt Nam.

Về phạm vi nghiên cứu, luận văn này chỉ tập trung nghiên cứu và làm rõ những vấn đề lý luận và thực tiễn của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại – là một trong những biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự.

5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

Để làm rõ các vấn đề nghiên cứu, luận văn sử dụng các phương pháp mang tính truyền thống như phương pháp duy vật biện chứng và duy vật lịch sử. Ngoài ra, luận văn còn sử dụng chủ yếu các phương pháp nghiên cứu như: Phương pháp phân tích, tổng hợp, thống kê, so sánh và phương pháp lịch sử để làm rõ các nội dung nghiên cứu của đề tài.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận văn

Về mặt khoa học, luận văn là kết quả nghiên cứu một cách hệ thống các quy định về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại theo pháp luật Việt Nam, vì vậy, sẽ rất có ích cho những người nghiên cứu trong cùng lĩnh

vực khoa học này và cho những người làm công tác thực hành pháp luật như cán bộ tòa án, cán bộ kiểm sát, cán bộ pháp chế của các doanh nghiệp có hoạt động bảo lãnh.

Về mặt thực tiễn, các đề xuất, kiến nghị của luận văn về hoàn thiện các quy định về bảo lãnh để bảo đảm tiền nay của Ngân hàng thương mại góp phần vào quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự nói chung và chế định bảo lãnh để bảo đảm tiền nay của Ngân hàng thương mại nói riêng.

7. Cơ cấu của luận văn

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, luận văn được kết cấu 3 chương:

Chương 1: Những vấn đề lý luận pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại

Chương 2: Thực trạng pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay

Chương 3: Định hướng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại

Chương 1

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

1.1. Khái quát chung về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

1.1.1. Khái niệm và đặc điểm của bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại

1.1.1.1. Khái niệm bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại

Theo Từ điển Tiếng Việt, thì bảo lãnh được hiểu là việc bảo đảm và chịu trách nhiệm trước pháp luật về một người nào đó. Khái niệm này mang tính chất bao quát chung cho bản chất của hoạt động bảo lãnh, không thể hiện được những nét đặc thù của bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trong dân luật.

Theo Từ điển Luật học, thì bảo lãnh là việc người thứ ba cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ, nếu khi đến thời hạn mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Bên bảo lãnh cũng có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh.

Trên phương diện pháp lý, khái niệm bảo lãnh được quy định tương đối đồng nhất trong pháp luật của các nước. Theo pháp luật Hoa Kỳ, bảo lãnh được hiểu là thoả thuận, trong đó, người bảo lãnh đồng ý sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bên nợ chỉ khi bên nợ không trả nợ. “Bảo lãnh là việc bên bảo lãnh bảo đảm hoặc hứa thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện”. Trong pháp luật của Cộng hoà Pháp, bản chất của bảo lãnh là “người nhận bảo lãnh một nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ đó đối với người có quyền nếu chính người có nghĩa vụ không thi hành”. Theo pháp luật Trung

Quốc, bảo lãnh được hiểu là hành vi mà căn cứ vào thoả thuận giữa người bảo lãnh và chủ nợ, người bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ hoặc chịu trách nhiệm nếu con nợ không trả được nợ.

Theo pháp luật Việt Nam, với góc độ là một quan hệ dân sự, thì bảo lãnh dân sự là việc một người hay một tổ chức (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 người được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Như vậy, để hiểu rõ bản chất của biện pháp bảo lãnh, cần xem xét đến các yếu tố sau đây:

- *Về chủ thể của bảo lãnh*: Quan hệ bảo lãnh thực chất là một quan hệ ba bên giữa người có quyền, người có nghĩa vụ và người thứ ba. Thông qua việc cam kết giữa người thứ ba trên cơ sở sự đồng ý của người có quyền hình thành một quan hệ, trong đó, người thứ ba được gọi là người bảo lãnh, người có quyền gọi là người nhận bảo lãnh và người có nghĩa vụ gọi là người được bảo lãnh.

- *Về phạm vi bảo lãnh*: Có thể là một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ. Nếu không có thoả thuận gì khác, thì người bảo lãnh phải bảo lãnh cả tiền lãi trên nợ gốc trong phạm vi bảo lãnh, đồng thời phải bảo lãnh cả khoản tiền phạt cũng như tiền bồi thường thiệt hại.

- *Về nội dung của bảo lãnh*: Bên bảo lãnh dùng uy tín của mình để chịu trách nhiệm thay cho người được bảo lãnh nếu người này không thực hiện nghĩa vụ hoặc gây ra thiệt hại cho bên nhận bảo lãnh.

- *Về thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh*: Việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh chỉ được đặt ra khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Trước thời hạn đó, nếu các bên không có thoả thuận thì bên nhận bảo lãnh không được yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đó.

Với các phân tích trên, khái niệm bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại được hiểu là: “*Việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết*

với ngân hàng thương mại (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay (gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến thời hạn trả nợ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ. Các bên có thể thỏa thuận và cam kết về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ trả nợ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Bên bảo lãnh cũng có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ trả nợ vay cho bên được bảo lãnh”.

1.1.1.2. Đặc điểm của bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

- *Về chủ thể:* Quan hệ bảo lãnh luôn có sự xuất hiện của bên thứ ba, điều đó có nghĩa là chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh luôn có ba bên, đó là bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh (là các ngân hàng thương mại) và bên được bảo lãnh (là người vay tiền).

- *Bảo lãnh là biện pháp bảo đảm đối nhân:* Tiêu chí xác định của các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung được căn cứ vào việc bên bảo đảm có hay không có tài sản để đảm bảo và bên có quyền được thực hiện quyền như thế nào đối với tài sản, trên cơ sở đó để phân biệt biện pháp bảo đảm thành bảo đảm đối nhân hay bảo đảm đối vật. Còn đối với biện pháp bảo lãnh, bên có quyền chỉ được trao quyền yêu cầu đối với bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và không được trao quyền đối với một số tài sản cụ thể nào của bên bảo lãnh, do đó, bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh thực chất là bảo đảm đối nhân.

- *Về thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh:* Bên bảo lãnh chỉ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ hoặc chỉ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Các ngân hàng thương mại (bên nhận bảo lãnh) chỉ có quyền yêu cầu người thứ ba (bên bảo lãnh) phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi hết thời hạn phải thực hiện nghĩa vụ mà người có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) không thực

hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Đồng thời, bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong phạm vi đã cam kết.

- *Tính phụ thuộc của nghĩa vụ bảo lãnh và nghĩa vụ được bảo lãnh*, nghĩa vụ bảo lãnh là một nghĩa vụ phụ, nó có thể được thể hiện trong hợp đồng bảo lãnh kèm theo hợp đồng chính và cũng có thể là các điều kiện để thực hiện hợp đồng chính. Nghĩa vụ bảo lãnh luôn tồn tại và phụ thuộc vào nghĩa vụ của bên được bảo lãnh. Chính vì vậy, các nghĩa vụ bảo lãnh không thể xuất hiện trước nghĩa vụ được bảo lãnh (nghĩa vụ chính). Từ đó có thể thấy rằng, giá trị của nghĩa vụ bảo lãnh lệ thuộc vào giá trị của nghĩa vụ được bảo lãnh và phạm vi nghĩa vụ bảo lãnh không thể rộng hơn phạm vi nghĩa vụ được bảo lãnh.

1.1.2. So sánh bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại với bảo lãnh ngân hàng

1.1.2.1. Về mặt chủ thể

- Bên bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại (có thể là cá nhân hoặc tổ chức bất kỳ nếu đủ điều kiện theo pháp luật cho phép) cam kết với bên nhận bảo lãnh (là các ngân hàng thương mại) sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay (bên được bảo lãnh), nếu đến thời hạn trả nợ, bên được bảo lãnh không thực hiện được hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ.

- Còn đối với bảo lãnh ngân hàng, mặc dù cũng là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, nhưng bảo lãnh ngân hàng khác với bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại, về mặt chủ thể, chỉ ngân hàng, các tổ chức tín dụng mới được coi là chủ thể bảo lãnh và nó được xác định là một nghiệp vụ cấp tín dụng, một hoạt động nghiệp vụ của ngân hàng.

Các loại bảo lãnh ngân hàng theo quy định của pháp luật tín dụng ngân hàng hiện hành bao gồm: (i) *Bảo lãnh vay vốn*: Là cam kết của tổ chức tín dụng với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ trả nợ thay cho khách hàng trong trường hợp khách hàng không trả hoặc không trả đầy đủ, đúng hạn nợ vay đối với bên nhận bảo lãnh; (ii) *Bảo lãnh thanh toán*: Là cam kết của tổ chức tín dụng với bên

nhận bảo lãnh, về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ thanh toán thay cho khách hàng trong trường hợp khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ thanh toán khi đến hạn; (iii) *Bảo lãnh dự thầu*: Là cam kết của của tổ chức tín dụng với bên mời thầu để bảo đảm nghĩa vụ tham gia dự thầu của khách hàng. Trường hợp, khách hàng phải nộp phạt do vi phạm quy định đấu thầu mà không nộp hoặc không nộp đầy đủ tiền phạt cho bên mời thầu thì tổ chức tín dụng sẽ thực hiện thay; (iv) *Bảo lãnh thực hiện hợp đồng*: Là cam kết của tổ chức tín dụng với bên nhận bảo lãnh, bảo đảm việc thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ của khách hàng theo hợp đồng đã ký kết với bên nhận bảo lãnh. Trường hợp khách hàng vi phạm hợp đồng và phải bồi thường cho bên nhận bảo lãnh mà không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ thì tổ chức tín dụng sẽ thực hiện thay; (v) *Bảo lãnh bảo đảm chất lượng sản phẩm*: Là cam kết của của tổ chức tín dụng với bên nhận bảo lãnh, bảo đảm việc khách hàng thực hiện đúng các thoả thuận về chất lượng của sản phẩm theo hợp đồng đã ký kết với bên nhận bảo lãnh. Trường hợp khách hàng vi phạm chất lượng sản phẩm và phải bồi thường cho bên nhận bảo lãnh mà không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ thì tổ chức tín dụng sẽ thực hiện thay; (vi) *Bảo lãnh hoàn trả tiền ứng trước*: Là cam kết của tổ chức tín dụng với bên nhận bảo lãnh về việc bảo đảm nghĩa vụ hoàn trả tiền ứng trước của khách hàng theo hợp đồng đã ký kết với bên nhận bảo lãnh. Trường hợp khách hàng vi phạm hợp đồng và phải hoàn trả tiền ứng trước mà không hoàn trả hoặc hoàn trả không đầy đủ thì tổ chức tín dụng sẽ thực hiện thay; (vii) *Bảo lãnh đối ứng*: Là cam kết của tổ chức tín dụng (bên bảo lãnh đối ứng) với bên bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính cho bên bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh thực hiện bảo lãnh và phải trả thay cho khách hàng của bên bảo lãnh đối ứng với bên nhận bảo lãnh; (viii) *Xác nhận bảo lãnh*: Là cam kết bảo lãnh của tổ chức tín dụng (bên xác nhận bảo lãnh) đối với bên nhận bảo lãnh, về việc bảo đảm khả năng thực hiện nghĩa vụ

bảo lãnh của bên bảo lãnh đối với khách hàng. Ngoài ra, còn có các loại bảo lãnh khác mà pháp luật không cấm và phù hợp với thông lệ quốc tế.

1.1.2.2. Về bản chất của quan hệ bảo lãnh

a. Đối với bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

- Bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại là việc người thứ ba (có thể là cá nhân hoặc tổ chức bất kỳ nếu đủ điều kiện theo pháp luật cho phép) được gọi là bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh (là các ngân hàng thương mại) sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay (bên được bảo lãnh), nếu đến thời hạn trả nợ, bên được bảo lãnh không thực hiện được hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ. Các bên cũng có thể thoả thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên vay (bên được bảo lãnh) không có khả năng thực hiện nghĩa vụ trả nợ. Việc áp dụng biện pháp bảo lãnh nhất thiết phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng (hợp đồng bảo lãnh) hoặc ghi rõ trong hợp đồng tín dụng (hợp đồng chính). Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công chứng hoặc chứng thực.

- Xét về phạm vi, bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh. Nghĩa vụ bảo lãnh thường bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp có thoả thuận khác. Do thực hiện cam kết bảo lãnh, gánh chịu rủi ro cho bên được bảo lãnh, cho nên, bên bảo lãnh được hưởng thù lao. Đương nhiên, quyền được hưởng thù lao phải có sự thoả thuận giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh.

- Trường hợp khi mà một người không đủ năng lực tài chính để thực hiện việc bảo lãnh trọn vẹn một nghĩa vụ, thì có thể có nhiều người cùng bảo lãnh (đồng bảo lãnh). Khi nhiều người cùng bảo lãnh một nghĩa vụ, họ phải liên đới thực hiện việc bảo lãnh, trừ trường hợp có thoả thuận hoặc pháp luật có quy định bảo lãnh theo các phần độc lập. Bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người bảo lãnh liên đới phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ. Điều hiển nhiên là sau khi một người trong số những người đồng bảo lãnh liên đới đã thực hiện

toàn bộ nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, thì người đó có quyền yêu cầu những người bảo lãnh còn lại phải thực hiện phần nghĩa vụ của họ đối với mình.

b. Đối với bảo lãnh ngân hàng

Sự khác biệt của bảo lãnh ngân hàng so với bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại được thể hiện ở các điểm sau đây:

- Bảo lãnh ngân hàng là cam kết bằng văn bản của ngân hàng với bên có quyền về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng, khi khách hàng không thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết, khách hàng đã nhận nợ và hoàn trả cho ngân hàng số tiền đã được trả thay. Trên thực tế, bảo lãnh ngân hàng được xác định là một loại hình cấp tín dụng đặc biệt, bởi nhờ có nó mà một cá nhân hay một doanh nghiệp không phải bỏ ra một khoản tiền vốn (hoặc không phải đi vay) để đặt cọc, giam chân tại chỗ nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của mình trong giao kết dân sự với đối tác.

- Về khuôn khổ pháp lý, pháp luật về tín dụng ngân hàng đã xác định, cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác. Như vậy, bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó tổ chức tín dụng cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết; khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho tổ chức tín dụng theo thỏa thuận. Cam kết bảo lãnh bằng văn bản bảo lãnh của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng có thể bao gồm các hình thức là thư bảo lãnh hoặc hợp đồng bảo lãnh. Với hình thức “thư bảo lãnh”, ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng thực hiện cam kết đơn phương bằng văn bản về việc tổ chức này sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng, khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh. Trong khi đó, “hợp đồng bảo lãnh” là thỏa thuận

bằng văn bản giữa ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng và bên nhận bảo lãnh hoặc giữa ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng, bên nhận bảo lãnh, khách hàng và các bên liên quan (nếu có) về việc ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh.

Bảo lãnh ngân hàng là mối quan hệ đa phương, với sự tham gia của nhiều chủ thể: Hoạt động bảo lãnh ngân hàng phải có sự tham gia của ít nhất ba chủ thể, đó là bên được bảo lãnh, bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Do đó, hoạt động bảo lãnh không chỉ đơn thuần là quan hệ giữa bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh mà còn bao hàm mối quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh. Trong quan hệ đa phương này, quan hệ giữa bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh bao giờ cũng là quan hệ gốc, làm phát sinh nghĩa vụ được bảo lãnh. Trên cơ sở này sẽ xuất hiện thêm hai quan hệ nữa giữa bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh và giữa ngân hàng bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh.

- Bảo lãnh ngân hàng mang tính độc lập: Mặc dù bảo lãnh ngân hàng là quan hệ đa phương, các quan hệ có mối liên hệ với nhau, tuy nhiên chúng lại độc lập nhau. Sự độc lập của bảo lãnh được hiểu là sự độc lập của quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh với quan hệ giữa bên được bảo lãnh và ngân hàng bảo lãnh, cho dù có sự vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh với ngân hàng bảo lãnh thì ngân hàng bảo lãnh cũng không thể vì thế mà có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

- Bảo lãnh ngân hàng là một hoạt động ngoại bảng của ngân hàng: Ngân hàng bảo lãnh đã dùng uy tín của mình để cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh, khi đó quyết định bảo lãnh cho bên được bảo lãnh ngân hàng không phải xuất tiền ngay do đó sẽ không ảnh hưởng đến bảng cân đối kế toán của ngân hàng. Đó chính là nguyên nhân khiến bảo lãnh ngân hàng được xếp vào hoạt động ngoại bảng của ngân hàng.

Tóm lại, nếu bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại là một biện pháp bảo đảm, thì xét về mặt bản chất, bảo lãnh ngân hàng cũng là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nhưng mang tính phái sinh. Bảo lãnh ngân hàng là một hoạt động cấp tín dụng và có phạm vi bảo đảm rộng hơn, linh hoạt hơn. Trong kinh doanh ngày nay, bảo lãnh ngân hàng luôn được xem như tấm giấy thông hành cho doanh nghiệp trong các hoạt động mua bán trả chậm. Việc này không những tạo thuận lợi cho kế hoạch của các doanh nghiệp, mà các đối tác kinh doanh cũng sẽ có cơ sở để tin tưởng nhau hơn.

1.2. Pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

1.2.1. Khái niệm và đặc điểm của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

1.2.1.1. Khái niệm pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

Với bản chất là một tổ chức đặc thù có chức năng kinh doanh tiền tệ, Ngân hàng thương mại thực hiện hoạt động kinh doanh của mình thông qua các quan hệ tín dụng, từ các quan hệ này, mối quan hệ giữa Ngân hàng thương mại với các tổ chức, cá nhân được thiết lập và phát triển, gắn ngân hàng gần với các hoạt động sản xuất kinh doanh trong xã hội. Tuy nhiên, nếu không có những thiết chế cơ bản để bảo đảm các khoản tiền đi vay và cho vay hiệu quả, ngân hàng sẽ tự đặt mình trước những rủi ro khó lường đối với một loại hàng hóa vốn dĩ đã chứa đựng rất nhiều rủi ro, đó là “tiền tệ”.

Pháp luật về các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ là nhằm xác lập, quy định về các điều kiện áp dụng, trình tự, thủ tục để áp dụng các biện pháp đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bên vay, đặc biệt là có những quy định khác nhau giữa biện pháp bảo đảm bằng tài sản và biện pháp bảo đảm không bằng tài sản. Bảo lãnh là biện pháp bảo đảm không có tài sản được chỉ định đi kèm. Bên bảo lãnh nếu không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh thì phải đưa bất kỳ tài sản nào thuộc sở hữu của mình ra để thực hiện nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh. Bảo

lãnh thực hiện nghĩa vụ nói chung và bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại nói riêng đều phải dựa trên các quy định của pháp luật dân sự về bảo lãnh.

Bộ luật Dân sự các nước đã có quy định khá chi tiết về các vấn đề liên quan đến bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ như: Phạm vi bảo lãnh, điều kiện của chủ thể bảo lãnh, hình thức và hiệu lực của hợp đồng bảo lãnh, nghĩa vụ bảo lãnh và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh... Bảo lãnh cũng được hiểu là một hình thức bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay của bên vay trước ngân hàng thương mại trong trường hợp bên vay không thể trả nợ đúng theo thời hạn đã quy định trong hợp đồng. Điều 335 của Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 đã quy định rõ:

“(1) 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 thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. (2) Các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”.

Mặc dù pháp luật các nước không đưa ra khái niệm cụ thể thế nào là bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, tuy nhiên, qua nghiên cứu khái niệm, đặc điểm và yêu cầu bảo đảm tính an toàn của quan hệ tiền vay bằng biện pháp bảo lãnh, các quy định về bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự, có thể đưa ra khái niệm pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại như sau:

“Pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại là tổng thể các quy phạm pháp luật do Nhà nước ban hành quy định về biện pháp bảo lãnh, phạm vi, điều kiện của người bảo lãnh, trình tự, thủ tục áp dụng biện pháp bảo lãnh với mục đích bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay của bên vay (bên

được bảo lãnh) trước các ngân hàng thương mại (bên nhận bảo lãnh) trong trường hợp bên vay không thể trả nợ đúng theo thời hạn đã thỏa thuận”.

1.2.1.2. Đặc điểm của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

Một là, pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại được dựa trên các quy định về biện pháp bảo lãnh của Bộ luật Dân sự

Hầu hết Bộ luật Dân sự của các quốc gia trên thế giới đều có quy định về biện pháp bảo lãnh và ở các quốc gia này cũng như ở Việt Nam, các quy định về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại cũng dựa trên các quy định về bảo lãnh được quy định trong Bộ luật Dân sự. Bảo lãnh chính là căn cứ pháp lý để tạo ra nghĩa vụ mới, khi người bảo lãnh thực hiện việc bảo lãnh nghĩa vụ cho người khác. Người bảo lãnh xem như người mắc nợ mới nếu con nợ không thực hiện được nghĩa vụ trả nợ theo những thỏa thuận với Ngân hàng thương mại.

Theo pháp luật dân sự Nhật Bản, thì “người bảo lãnh có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp người có nghĩa vụ trả nợ ở vào tình trạng vỡ nợ”. Như vậy, bảo lãnh có nội dung tương tự nghĩa vụ chính và nhằm mục đích bảo đảm nghĩa vụ đó. Xét từ góc độ lý thuyết, thì người bảo lãnh là một chủ thể của nghĩa vụ riêng biệt, không phải chỉ có trách nhiệm về việc thực hiện nghĩa vụ chính. Bảo lãnh theo quy định của pháp luật Nhật Bản có các đặc điểm cơ bản như: (i) Bảo lãnh (cũng như cầm cố, thế chấp) phụ thuộc vào nghĩa vụ chính: Không có nghĩa vụ chính thì sẽ không có bảo lãnh, khi nghĩa vụ chính chấm dứt thì bảo lãnh cũng chấm dứt. Trong trường hợp nghĩa vụ chính là nghĩa vụ chưa xác định thì bảo lãnh cũng chưa xác định; (ii) Giống như thế chấp và cầm cố tài sản, bảo lãnh cũng được chuyển giao theo nghĩa vụ chính được chuyển giao, vì về nguyên tắc khi chuyển giao nghĩa vụ được bảo đảm thì biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cũng được tự động chuyển giao, mà không phụ thuộc vào ý chí của người bảo lãnh; (iii) Bảo lãnh chỉ được thực hiện khi nghĩa vụ

chính không thực hiện được. Người bảo lãnh có quyền yêu cầu chủ nợ trước hết phải yêu cầu người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ và việc cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ trước hết được tiến hành đối với tài sản của người có nghĩa vụ.

Khi bên bảo lãnh đã hoàn thành nghĩa vụ thì có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi bảo lãnh. Đây là quyền đương nhiên theo luật định, không phụ thuộc vào ý chí, thỏa thuận của bên được bảo lãnh. Bên bảo lãnh cũng có thể tự từ bỏ quyền này (không yêu cầu hoàn trả) hoặc thỏa thuận với bên được bảo lãnh về một mức hoàn trả khác. Trường hợp bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh nhưng không thông báo cho bên được bảo lãnh biết, dẫn đến việc bên được bảo lãnh tiếp tục thực hiện nghĩa vụ với bên nhận bảo lãnh, thì bên bảo lãnh không có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh hoàn trả. Thay vào đó, bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên nhận bảo lãnh hoàn trả những gì đã nhận từ bên bảo lãnh.

Hai là, pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại điều chỉnh quan hệ phát sinh giữa bên bảo lãnh (là các tổ chức, cá nhân) và bên nhận bảo lãnh (là các ngân hàng thương mại) nhằm đảm bảo nghĩa vụ trả nợ tiền vay của người đi vay (bên được bảo lãnh)

Quan hệ pháp luật bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại hoàn toàn khác biệt so với quan hệ bảo lãnh ngân hàng. Nếu như trong quan hệ bảo lãnh ngân hàng, bên bảo lãnh luôn luôn là các ngân hàng thì trong quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, các ngân hàng thương mại luôn luôn là bên nhận bảo lãnh. Bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại là cam kết giữa bên bảo lãnh (các tổ chức, cá nhân) với bên nhận bảo lãnh (các ngân hàng thương mại) về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay (bên được bảo lãnh). Việc xác lập quan hệ bảo lãnh không cần có thỏa thuận ý chí với bên vay (bên được bảo lãnh), thậm chí, có khi không cần phải cho bên được bảo lãnh biết. Quan hệ giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh là quan hệ độc lập, có thể phát sinh từ thỏa thuận giữa hai bên (đặc biệt

là trong trường hợp bảo lãnh có thù lao) hoặc phát sinh từ quyền yêu cầu hoàn trả của bên bảo lãnh đối với bên được bảo lãnh.

Quan hệ bảo lãnh có tính chất độc lập với quan hệ tín dụng giữa bên nhận bảo lãnh (các ngân hàng thương mại) và bên được bảo lãnh, nên bên nhận bảo lãnh có trách nhiệm thông báo cho bên bảo lãnh biết về việc đã phát sinh căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Trường hợp bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ, nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì bên nhận bảo lãnh phải nêu rõ lý do trong thông báo về việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo lãnh. Trường hợp các bên không có thỏa thuận khác, thì thời điểm thông báo được tính là thời điểm bắt đầu của thời hạn thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Người bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp người được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình và người nhận bảo lãnh đã tiến hành các thủ tục cần thiết mà không có kết quả. Vì nghĩa vụ bảo lãnh là nghĩa vụ bổ trợ cho nghĩa vụ được bảo lãnh, nên người bảo lãnh có thể viện dẫn tất cả các căn cứ mà người được bảo lãnh có thể viện dẫn để không phải thực hiện nghĩa vụ của mình.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự Thái Lan, quan hệ bảo lãnh xét cho cùng là quan hệ giữa người bảo lãnh và người cho vay (người nhận bảo lãnh). Điều này có nghĩa, hợp đồng bảo lãnh chỉ phát sinh trên cơ sở có sự chấp thuận ý chí giữa người bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Tuy nhiên, Bộ luật Dân sự Nhật bản lại cho phép trường hợp bảo lãnh liên đới giữa người bảo lãnh và người được bảo lãnh. Bảo lãnh liên đới phát sinh trên cơ sở thỏa thuận trong hợp đồng bảo lãnh đối với trường hợp này. Về hiệu lực, bảo lãnh liên đới cao hơn bảo lãnh thông thường và rất giống trường hợp nghĩa vụ liên đới. Song bảo lãnh liên đới có đặc điểm phụ thuộc nên nó khác biệt với nghĩa vụ liên đới, bởi vì, nếu không có nghĩa vụ chính thì cũng không có bảo lãnh liên đới. Việc chấm dứt nghĩa vụ chính cũng làm chấm dứt bảo lãnh liên đới. Bảo lãnh liên đới giữa

người bảo lãnh và người được bảo lãnh có các đặc trưng như: (i) Người bảo lãnh không được phản đối việc yêu cầu thực hiện nghĩa vụ và cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ (Điều 454 Bộ luật Dân sự Nhật Bản). Như vậy, chủ nợ có quyền cưỡng chế người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ không phụ thuộc vào khả năng thanh toán của người được bảo lãnh, tức là người có nghĩa vụ trả nợ chính (Điều 559 Bộ luật Dân sự Nhật Bản).

Ba là, pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại đề cao nguyên tắc tự do ý chí, tự nguyện, tự thỏa thuận của các bên khi tham gia quan hệ bảo lãnh

Nguyên tắc tự do ý chí, tự nguyện, tự thỏa thuận của các bên khi tham gia giao dịch dân sự là một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự. Quan hệ bảo lãnh thực hiện hợp đồng tín dụng về bản chất cũng là một quan hệ hợp đồng dân sự. Đó chính là quan hệ giữa bên bảo lãnh (các tổ chức, cá nhân) và bên nhận bảo lãnh (ngân hàng, các tổ chức tín dụng) nhằm bảo lãnh nghĩa vụ trả nợ cho người vay (bên được bảo lãnh). Bởi vậy, khi tham gia quan hệ bảo lãnh, các bên hoàn toàn tự do ý chí và có quyền thỏa thuận về các trình tự, thủ tục thực hiện biện pháp bảo lãnh trên cơ sở các quy định của pháp luật dân sự về bảo lãnh. Bên bảo lãnh hoàn toàn tự nguyện khi tham gia quan hệ bảo lãnh mà không chịu bất cứ ràng buộc nào. Họ toàn quyền quyết định việc thực hiện bảo lãnh có thù lao hoặc không có thù lao. Bảo lãnh nghĩa vụ trả nợ thay cho bên được bảo lãnh là bằng uy tín của chính họ và chỉ trong trường hợp không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh, bên bảo lãnh phải đưa tài sản thuộc sở hữu của mình vào để thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên được bảo lãnh. Như vậy, trong quan hệ bảo lãnh thực hiện hợp đồng tín dụng, trách nhiệm tài sản chỉ phát sinh khi bên bảo lãnh không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh theo thỏa thuận.

Đối với bên nhận bảo lãnh là các ngân hàng, tổ chức tín dụng, việc lựa chọn áp dụng biện pháp bảo lãnh cũng được chủ động từ phía họ tùy thuộc tính chất của khoản nợ vay, đối tượng khách hàng và uy tín của bên bảo lãnh. Khi

thiết lập quan hệ bảo lãnh để bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng, bên nhận bảo lãnh cũng hoàn toàn tự nguyện và thỏa thuận về các vấn đề liên quan đến việc áp dụng biện pháp bảo lãnh. Nhằm bảo đảm cho quyền lợi của mình, bên nhận bảo lãnh có thể thỏa thuận với bên bảo lãnh về việc bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh bằng tài sản.

Bốn là, pháp luật về bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng bằng biện pháp bảo lãnh cho phép các bên thỏa thuận bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh bằng tài sản

Việc thỏa thuận bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh bằng tài sản không đồng nghĩa với việc áp dụng biện pháp bảo lãnh thực hiện hợp đồng tín dụng bằng tài sản của bên thứ ba. Bảo lãnh là biện pháp bảo đảm đối nhân, vì vậy, việc bảo lãnh là bằng uy tín của bên bảo lãnh. Tuy nhiên, nhằm bảo đảm quyền lợi cho bên nhận bảo lãnh (là ngân hàng, các tổ chức tín dụng), pháp luật cho phép các bên tự thỏa thuận về biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh bằng tài sản. Trong trường hợp này, bên bảo lãnh có thể đưa tài sản cụ thể vào để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh của họ. Thủ tục đối với loại tài sản bảo đảm này được áp dụng là cầm cố hoặc thế chấp tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ của bên bảo lãnh, chứ không phải là tài sản bảo đảm của bên bảo lãnh nhằm bảo đảm nghĩa vụ trả nợ cho bên được bảo lãnh (bên vay) trong quan hệ hợp đồng tín dụng.

Trước đây, pháp luật Việt Nam (Bộ luật Dân sự năm 1995, Luật các Tổ chức tín dụng năm 1997 và Nghị định 178/1999/NĐ-CP ngày 29/12/1999 của Chính phủ về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng) cho phép áp dụng biện pháp bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba (bảo lãnh đối vật). Trong quá trình áp dụng đã phát sinh rất nhiều vướng mắc, bất cập trong việc xử lý tài sản bảo đảm, thậm chí, gây tranh cãi về việc xác định là hợp đồng bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba hay hợp đồng thế chấp tài sản của bên thứ ba... Tuy nhiên, một vấn đề quan trọng hơn là không phản ánh đúng bản chất pháp lý của biện pháp bảo lãnh. Bởi vậy, việc pháp luật cho phép các bên thỏa thuận áp dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh của bên bảo lãnh đã thể hiện tính linh

hoạt, vừa đúng với bản chất của biện pháp bảo lãnh song vẫn bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của bên nhận bảo lãnh là các ngân hàng và tổ chức tín dụng.

1.2.2. Những nội dung cơ bản của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

1.2.2.1. Về chủ thể quan hệ bảo lãnh

Bên nhận bảo lãnh là các ngân hàng thương mại cho vay vốn theo hợp đồng tín dụng được bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh.

Bên bảo lãnh là một hoặc nhiều cá nhân, tổ chức cam kết trước Ngân hàng thương mại cho vay về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho bên vay (bên được bảo lãnh) nếu đến thời hạn trả nợ mà bên vay không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đó.

1.2.2.2. Về đối tượng bảo lãnh

Đối tượng bảo lãnh có thể là tài sản, có thể là một công việc phải thực hiện tùy thuộc vào sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh. Trong trường hợp các bên chưa thỏa thuận về việc bên bảo lãnh phải bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản hay bằng thực hiện một công việc, thì đối tượng của bảo lãnh phải cùng loại với đối tượng của quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp bảo đảm đó. Chẳng hạn, bảo lãnh để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ vay thì đối tượng của bảo lãnh phải bằng tài sản. Vì vậy, người bảo lãnh phải bằng tài sản của mình để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Như vậy, đối tượng trong bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng luôn là một khoản tiền nên người bảo lãnh luôn phải bằng tài sản của mình để thực hiện việc trả nợ trước tổ chức tín dụng thay cho người được bảo lãnh nếu đến thời hạn trả nợ mà người vay không trả nợ hoặc trả không đầy đủ.

1.2.2.3. Về hình thức bảo lãnh

Theo quy định của Bộ luật Dân sự Việt Nam, thì “việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công

chứng hoặc chứng thực” (Điều 362 Bộ luật Dân sự 2005). Với quy định này, thì hình thức của bảo lãnh gần giống với hình thức của cầm cố, thế chấp tài sản.

1.2.2.4. Về phạm vi bảo lãnh

Pháp luật hiện hành cho phép các bên có thể thỏa thuận về phạm vi bảo lãnh là một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay được bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh. Trong trường hợp các bên đã thỏa thuận bên bảo lãnh chỉ bảo lãnh một phần nghĩa vụ, thì bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong phạm vi phần nghĩa vụ đã được xác định. Nếu không có thỏa thuận về phạm vi bảo lãnh thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với toàn bộ nghĩa vụ được bảo lãnh. 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.

1.2.2.5. Về căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh

Bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi đã phát sinh các căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh do các bên thỏa thuận. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận về căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong các trường hợp sau:

- Khi đến hạn trả nợ mà bên được bảo lãnh không trả hoặc trả không đầy đủ nợ vay.
- Bên vay (bên được bảo lãnh) phải trả nợ vay trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ đó, nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ
- Bên vay không có khả năng trả nợ trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ.

1.2.2.6. Về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh

a. Đối với bên nhận bảo lãnh

Bên nhận bảo lãnh phải thực hiện các nghĩa vụ của bên nhận cầm cố nếu việc bảo lãnh có bảo đảm bằng biện pháp cầm cố tài sản; phải thực hiện các nghĩa vụ của bên nhận thế chấp nếu việc bảo lãnh có bảo đảm bằng biện pháp

thế chấp tài sản. Bên nhận bảo lãnh phải thông báo cho bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi phát sinh căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh do các bên đã thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật; nếu bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ, nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đó, thì bên nhận bảo lãnh phải nêu rõ lý do trong thông báo về việc bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn. Bên nhận bảo lãnh không được yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh khi nghĩa vụ chưa đến hạn.

Bên nhận bảo lãnh có quyền thông báo để yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản của bên bảo lãnh theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự (sau khi đã thông báo cho bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh). Có quyền yêu cầu bất cứ ai trong số những người bảo lãnh liên đới phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ. Có quyền yêu cầu người có hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền của bên nhận bảo lãnh phải chấm dứt hành vi đó.

Bên nhận bảo lãnh có quyền xử lý tài sản của bên bảo lãnh để thu hồi nợ vay nếu việc bảo lãnh được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp hoặc cầm cố tài sản hoặc 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 và bên bảo lãnh đã đưa tài sản thuộc sở hữu của mình để thanh toán cho bên nhận bảo lãnh.

b. Đối với bên bảo lãnh

Trong trường hợp có nhiều người cùng bảo lãnh một nghĩa vụ thì họ phải liên đới thực hiện việc bảo lãnh, trừ trường hợp có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định bảo lãnh theo các phần độc lập.

Bên bảo lãnh phải thực hiện các nghĩa vụ của bên cầm cố nếu việc bảo lãnh được bảo đảm bằng biện pháp cầm cố; thực hiện các nghĩa vụ của bên thế chấp nếu việc bảo lãnh được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp. Bên bảo lãnh

phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong thời hạn do các bên thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong một thời hạn hợp lý, kể từ thời điểm được bên nhận bảo lãnh thông báo bằng văn bản về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Trong trường hợp có nhiều người cùng bảo lãnh cho một nghĩa vụ mà một người trong số những người bảo lãnh liên đới đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh thì người bảo lãnh đó có quyền yêu cầu những người bảo lãnh còn lại phải thực hiện phần nghĩa vụ của họ đối với mình. Bên bảo lãnh được hưởng thù lao nếu bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh có thỏa thuận.

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. Khi bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh thì có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi bảo lãnh, nếu không có thỏa thuận khác.

1.2.2.7. Chấm dứt bảo lãnh

Việc bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại được chấm dứt trong những trường hợp sau đây:

- Nghĩa vụ được bảo đảm bằng bảo lãnh chấm dứt. Đây là trường hợp đương nhiên chấm dứt nghĩa vụ bảo lãnh, bởi lẽ, thời hạn tồn tại việc bảo lãnh là thời hạn tồn tại nghĩa vụ được bảo lãnh, nay nghĩa vụ đó đã chấm dứt thì việc bảo lãnh cũng được chấm dứt.

- Việc bảo lãnh được hủy bỏ hoặc thay thế bằng biện pháp bảo đảm khác. Trong cả hai trường hợp này biện pháp bảo lãnh đều chấm dứt, tuy nhiên, giữa chúng có sự khác nhau. Trong trường hợp việc bảo lãnh được các bên thỏa thuận hủy bỏ, thì thực chất quan hệ cho vay tiền giữa bên cho vay và bên vay trở thành quan hệ hợp đồng không có bảo đảm; còn trong trường hợp các bên thỏa thuận thay thế biện pháp bảo đảm khác không phải là biện pháp bảo lãnh, thì quan hệ

cho vay tiền giữa bên cho vay và bên vay vẫn là quan hệ hợp đồng có biện pháp bảo đảm đi kèm, chỉ khác ở biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

- Bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh có thể là do người bảo lãnh tự nguyện hoặc có thể thông qua hình thức cưỡng chế được thực hiện của cơ quan có thẩm quyền.

- Việc bảo lãnh chấm dứt theo thỏa thuận của các bên.

Kết luận Chương 1

Qua việc nghiên cứu, tìm hiểu những vấn đề lý luận chung về bảo lãnh trong quan hệ vay tiền ở các ngân hàng thương mại hay tổ chức tín dụng, có thể thấy, bảo lãnh là một trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, đồng thời là một nghiệp vụ của các tổ chức tín dụng, hiện nay được các tổ chức, cá nhân lựa chọn và là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong các giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại. Kinh nghiệm pháp luật của các nước trên thế giới cho thấy, bảo lãnh là biện pháp bảo đảm đối nhân, do đó cần xây dựng chế định này dựa trên những nguyên lý của trái quyền. Một vấn đề được Bộ luật Dân sự các nước đều chú trọng khi quy định về bảo lãnh là người nhận bảo lãnh phải yêu cầu người được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bằng tài sản của mình trước và việc cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ trước hết được tiến hành đối với tài sản của người được bảo lãnh, sau đó nếu người được bảo lãnh không có tài sản, thì mới có quyền yêu cầu người bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Việc lựa chọn biện pháp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong các giao dịch phải tuân thủ một số nguyên tắc, điều kiện về các biện pháp bảo đảm nói chung như nguyên tắc thỏa thuận, bảo đảm lợi ích của các bên tham gia giao dịch, điều kiện về chủ thể tham gia giao dịch. Để pháp luật về bảo lãnh phù hợp với tổng thể hệ thống pháp luật hiện hành và đáp ứng nhu cầu thực tiễn đặt ra, cần đảm bảo các tiêu chí trong việc xây dựng pháp luật về bảo lãnh như: pháp luật phải bảo vệ ý chí thỏa thuận của các bên tham gia giao dịch và phù hợp với các quy định pháp luật liên quan về giao dịch bảo đảm.

Chương 2

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

2.1. Các qui định pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay

2.1.1. *Khái niệm bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại theo pháp luật Việt Nam*

Mặc dù quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại có những nét đặc thù riêng về chủ thể tham gia, về mục đích giao dịch..., song các quan hệ này có bản chất từ các quan hệ dân sự. Do vậy, ngoài chịu sự điều chỉnh của các quy phạm pháp luật đặc thù trong hoạt động ngân hàng thì các quan hệ này còn chịu sự điều chỉnh của các quy phạm pháp luật dân sự có liên quan.

Bảo lãnh thực chất cũng là một loại hợp đồng cụ thể mà đối tượng trước hết của nó là sự cam kết bằng uy tín để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Điều này có nghĩa là khi nhận bảo lãnh, người nhận bảo lãnh cũng rất quan tâm đến nhân thân người bảo lãnh cũng như khả năng tài sản của người bảo lãnh, vì trong trường hợp nghĩa vụ tài sản không được người được bảo lãnh thực hiện, thực hiện không đúng, người bảo lãnh sẽ phải thực hiện thay bằng tài sản của mình.

Theo Điều 335 Bộ luật Dân sự năm 2015: “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 thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”. Như vậy, bản chất của bảo lãnh trong hoạt động ngân hàng chính là việc

bên bảo lãnh dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trả nợ của khách hàng vay cho Ngân hàng thương mại trong các trường hợp:

- Khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên có nghĩa vụ (khách hàng vay vốn) không thực hiện nghĩa vụ.

- Hoặc đến hạn mà người có nghĩa vụ đã thực hiện nghĩa vụ nhưng không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ theo thỏa thuận.

2.1.2. Thực trạng các quy định về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

2.1.2.1. Phạm vi bảo lãnh

Theo Bộ luật Dân sự năm 2015, phạm vi bảo lãnh được quy định tại Điều 336: “(i) Bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh; (ii) Nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại, lãi trên số tiền chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác; (iii) Các bên có thể thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; (iv) Trường hợp nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ phát sinh trong tương lai thì phạm vi bảo lãnh không bao gồm nghĩa vụ phát sinh sau khi người bảo lãnh chết hoặc pháp nhân bảo lãnh chấm dứt tồn tại”.

Với các quy định của Bộ luật Dân sự, trong việc bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, phạm vi bảo lãnh được hiểu là giới hạn của nghĩa vụ trả nợ theo hợp đồng vay mà bên bảo lãnh cam kết sẽ thực hiện thay cho bên được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Do đối tượng nghĩa vụ bảo lãnh là tiền vay và chỉ được thực hiện bằng nghĩa vụ tài sản của bên bảo lãnh, nên phạm vi bảo lãnh phải do bên bảo lãnh tự quyết định và phải được ghi rõ trong hợp đồng bảo lãnh như một điều khoản chủ yếu. Bên bảo lãnh có thể cam kết bảo lãnh một phần hay toàn bộ nghĩa vụ theo hợp đồng vay tiền của bên vay (bên được bảo lãnh). Nghĩa vụ bảo lãnh bao gồm cả tiền lãi trên nợ gốc, tiền phạt, tiền bồi thường thiệt hại, lãi trên số tiền chậm trả, trừ trường hợp các bên

có thoả thuận khác. Cũng do đặc thù của hợp đồng cho vay tiền, việc bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại là nghĩa vụ cụ thể (là nghĩa vụ trả nợ khoản tiền vay mà bên vay (bên được bảo lãnh) đã vay của ngân hàng thương mại) và được xác định là nghĩa vụ chính. Phạm vi bảo lãnh nghĩa vụ trả nợ không được vượt quá nghĩa vụ chính, bao gồm nợ gốc, tiền bồi thường thiệt hại, lãi suất, kể cả tiền phạt vi phạm, nếu có. Bên cạnh đó, trường hợp nghĩa vụ được bảo lãnh là nghĩa vụ phát sinh trong tương lai thì phạm vi bảo lãnh không bao gồm nghĩa vụ phát sinh sau khi người bảo lãnh chết hoặc pháp nhân bảo lãnh chấm dứt tồn tại.

2.1.2.2. Chủ thể trong quan hệ bảo lãnh

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, thì chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại bao gồm ba bên:

- Bên bảo lãnh là các tổ chức cá nhân có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật.
- Bên nhận bảo lãnh là Ngân hàng thương mại.
- Bên được bảo lãnh là khách hàng vay vốn.

Để bảo đảm an toàn cho khoản vay, pháp luật trao quyền chủ động cho các ngân hàng thương mại được quyết định lựa chọn bên bảo lãnh khi có đủ các điều kiện sau:

- Có năng lực pháp luật dân sự đối với bên bảo lãnh là pháp nhân, còn nếu bên bảo lãnh là cá nhân thì phải có năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự. Đối với pháp nhân phải có người đại diện đủ thẩm quyền để thay mặt pháp nhân ký kết hợp đồng.
- Bên bảo lãnh phải có khả năng về vốn, tài sản để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.
- Bên bảo lãnh phải chịu trách nhiệm trước Ngân hàng thương mại về khoản vay của khách hàng mà mình đứng ra bảo lãnh. Trường hợp nhiều người cùng đứng ra bảo lãnh cho một khoản nợ thì tất cả những người bảo lãnh đương

nhiên phải chịu trách nhiệm đối với Ngân hàng thương mại (Điều 338 Bộ luật Dân sự năm 2015).

Trong quan hệ bảo lãnh để vay vốn tại Ngân hàng thương mại, bên nhận bảo lãnh có thể thỏa thuận để cho bên bảo lãnh, cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa bảo lãnh.

2.1.2.2. Nội dung của quan hệ bảo lãnh

Theo các quy định của Bộ luật Dân sự, thì nội dung của bảo lãnh trong quan hệ hợp đồng tín dụng là việc bên bảo lãnh dùng tài sản thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm cho việc trả nợ của bên bảo lãnh đối với Ngân hàng thương mại. Trong bảo lãnh tồn tại hai quan hệ, đó là quan hệ giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh và quan hệ giữa bên được bảo lãnh và bên bảo lãnh. Trong đó, bên được bảo lãnh không phải là bên đóng vai trò thiết lập hợp đồng bảo lãnh mà là bên hưởng lợi từ hợp đồng bảo lãnh. Do vậy, khi xem xét quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh, thực chất chúng ta chỉ đề cập tới quyền và nghĩa vụ của hai chủ thể: bên nhận bảo lãnh và bên bảo lãnh.

Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong quan hệ bảo lãnh như sau:

** Quyền của bên bảo lãnh*

- Trong trường hợp bên bảo lãnh cầm cố, thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, thì có các quyền như của khách hàng vay khi cầm cố, thế chấp tài sản.

- Bên bảo lãnh có quyền phản đối việc ngân hàng thương mại cho vay yêu cầu thực hiện nghĩa vụ trả nợ thay cho khách hàng khi nghĩa vụ chưa đến hạn.

Khi phát sinh căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh thông báo cho bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, nếu bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ, nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đó, thì bên nhận bảo lãnh

phải nêu rõ lý do trong thông báo về việc bên được bảo lãnh phải thực hiện trước thời hạn.

Trường hợp bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong thời hạn do các bên thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong một thời hạn hợp lý, kể từ thời điểm được thông báo về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Kể từ thời điểm thông báo cho bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản của bên bảo lãnh theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự. Đồng thời, có quyền yêu cầu người có hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền của bên nhận bảo lãnh phải chấm dứt hành vi đó.

Bên bảo lãnh có quyền không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh nếu bên nhận bảo lãnh (ngân hàng thương mại) có thể bù trừ nghĩa vụ với bên nhận bảo lãnh. Quy định này cho phép bù trừ nghĩa vụ của người bảo lãnh và của người nhận bảo lãnh. Điều đó có nghĩa, nếu người nhận bảo lãnh cũng có nghĩa vụ khác đối với người bảo lãnh thì nghĩa vụ này có thể được bù trừ đối với nghĩa vụ của người bảo lãnh đối với người nhận bảo lãnh, nếu bù trừ hết thì người bảo lãnh không phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và nghĩa vụ của người nhận bảo lãnh đối với người bảo lãnh cũng chấm dứt, còn nếu bù trừ không hết thì bên còn nghĩa vụ phải thực hiện phần nghĩa vụ còn lại tương ứng phần chênh lệch. Vì vậy, bên bảo lãnh sẽ phải thực hiện phần nghĩa vụ còn lại của bên được bảo lãnh.

Bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi nghĩa vụ bảo lãnh đã thực hiện, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Do bên bảo lãnh không phải là bên có nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh mà chỉ là bên đứng ra bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ và trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng thỏa thuận, thì thực hiện thay nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ. Việc thực hiện thay đó không có nghĩa bên được bảo lãnh được miễn hoàn toàn việc

thực hiện nghĩa vụ. Bên bảo lãnh chỉ không còn phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh, nhưng bắt đầu phát sinh nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đối với bên bảo lãnh, vì bên bảo lãnh đã thực hiện thay nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Vì vậy, điều này qui định bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi đã bảo lãnh sau khi đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với người nhận bảo lãnh, trừ trường hợp pháp luật có qui định khác. Về lý thuyết, quyền lợi của bên bảo lãnh luôn được bảo đảm, thậm chí còn có lợi (được hưởng thù lao theo thỏa thuận hoặc theo pháp luật qui định), nhưng trên thực tế không phải vậy, bởi lẽ, bên được bảo lãnh khó có năng thực hiện nghĩa vụ đối với bên bảo lãnh do không có tài sản bảo đảm, hoặc do những nguyên nhân khác dẫn đến việc không thể thực hiện được nghĩa vụ tại thời điểm đó.

** Nghĩa vụ của bên bảo lãnh*

- Trả nợ thay cho khách hàng vay như đã cam kết, nếu đến hạn mà khách hàng vay không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ.

- Trong trường hợp bên bảo lãnh cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì có các nghĩa vụ khác như nghĩa vụ của khách hàng vay khi cầm cố, thế chấp tài sản.

- Về trách nhiệm dân sự của bên bảo lãnh, Điều 342 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Trường hợp bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ đó. Trường hợp bên bảo lãnh không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thanh toán giá trị nghĩa vụ vi phạm và bồi thường thiệt hại”.

** Quyền của ngân hàng thương mại nhận bảo lãnh*

- Yêu cầu bên bảo lãnh trả nợ thay cho khách hàng như đã cam kết, nếu đến hạn mà khách hàng vay không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ.

- Trong trường hợp bên bảo lãnh cầm cố, thế chấp tài sản để bảo thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì có các quyền như của Ngân hàng thương mại khi nhận cầm cố, thế chấp tài sản.

Kể từ thời điểm thông báo cho bên bảo lãnh về việc phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh có các quyền sau đây:

- Yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản của bên bảo lãnh theo qui định của pháp luật tố tụng dân sự;

- Yêu cầu người có hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền của bên nhận bảo lãnh phải chấm dứt hành vi đó.

** Nghĩa vụ của ngân hàng thương mại nhận bảo lãnh*

Trong trường hợp bên bảo lãnh cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, thì có các nghĩa vụ như nghĩa vụ của ngân hàng thương mại nhận cầm cố thế chấp tài sản.

2.1.2.3. Hình thức bảo lãnh để bảo đảm tiền vay

Việc bảo lãnh nói chung và trong vay vốn ngân hàng nói riêng, bắt buộc phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính (hợp đồng tín dụng). Trong trường hợp pháp luật có quy định thì văn bản bảo lãnh phải được công chứng hoặc chứng thực.

Trên thực tế việc ký kết hợp đồng bảo lãnh có thể được thực hiện vào các thời điểm khác nhau:

- Sau khi ký kết hợp đồng tín dụng giữa ngân hàng và khách hàng.

- Trước khi ký hợp đồng tín dụng giữa ngân hàng và khách hàng, đây là trường hợp phổ biến nhất ở Việt Nam.

- Đồng thời cùng một lúc khi ký kết hợp đồng tín dụng.

Hợp đồng bảo lãnh bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại thường có các nội dung chủ yếu sau:

- Tên và địa chỉ các bên, ngày, tháng, năm.

- Cam kết của bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh.

- Nghĩa vụ được bảo lãnh, phạt vi phạm bảo lãnh và bên được bảo lãnh.

- Quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh, bên được bảo lãnh

- Các thỏa thuận về trường hợp xử lý và phương thức xử lý tài sản bảo lãnh.

- Các thỏa thuận khác.

Hiệu lực của hợp đồng tín dụng không phải trong mọi trường hợp đều ảnh hưởng tới hiệu lực của hợp đồng bảo đảm. Để xác định xem hiệu lực của hợp đồng tín dụng có ảnh hưởng tới hợp đồng bảo đảm hay không, hoàn toàn phụ thuộc vào hợp đồng tín dụng đã được thực hiện hay chưa? Nếu các bên chưa thực hiện hợp đồng tín dụng, thì khi hợp đồng tín dụng bị vô hiệu, bị huỷ bỏ, hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng, thì hợp đồng bảo đảm chấm dứt. Trường hợp các bên đã thực hiện một phần hoặc toàn bộ hợp đồng, thì khi hợp đồng tín dụng bị vô hiệu, bị huỷ bỏ, hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng, nhưng hợp đồng bảo đảm không chấm dứt, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

Đối với hợp đồng bảo lãnh, khác biệt với các giao dịch bảo đảm khác, chủ thể của hợp đồng bảo lãnh không đồng thời là chủ thể của hợp đồng tín dụng (hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm). Trường hợp mà hợp đồng tín dụng vô hiệu, nhưng các bên chưa thực hiện hợp đồng, nghĩa là bên tổ chức tín dụng chưa tiến hành giải ngân cho khách hàng, thì hợp đồng bảo đảm cũng bị chấm dứt. Trường hợp mà hợp đồng tín dụng bị vô hiệu, nhưng các bên đã thực hiện được một phần hoặc toàn bộ, nghĩa là khách hàng đã nhận được một phần hoặc toàn bộ số tiền vay, thì hợp đồng bảo lãnh không chấm dứt. Do đó, nếu khách hàng vay không hoàn trả lại tiền cho tổ chức tín dụng trong việc xử lý hợp đồng vô hiệu, thì lúc này, bên bảo lãnh vẫn phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của mình đối với tổ chức tín dụng.

2.1.2.4. Về chấm dứt bảo lãnh

Điều 343 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Việc bảo lãnh chấm dứt trong các trường hợp sau đây: (1) Nghĩa vụ được bảo đảm bằng bảo lãnh chấm dứt; (2) Việc bảo lãnh được hủy bỏ hoặc được thay thế bằng biện pháp bảo đảm khác; (3) Bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; (4) Theo thỏa thuận của các bên”. Như vậy, theo quy định của Điều luật, việc bảo lãnh được chấm dứt trong những trường hợp sau đây:

- Nghĩa vụ được bảo đảm bằng bảo lãnh chấm dứt. Đây là trường hợp đương nhiên chấm dứt nghĩa vụ bảo lãnh, bởi lẽ, thời hạn tồn tại việc bảo lãnh là thời hạn tồn tại nghĩa vụ được bảo lãnh, nay nghĩa vụ đó đã chấm dứt thì việc bảo lãnh cũng được chấm dứt.

- Việc bảo lãnh được hủy bỏ hoặc được thay thế bằng biện pháp bảo đảm khác. Trong cả hai trường hợp này biện pháp bảo lãnh đều chấm dứt. Tuy nhiên, giữa chúng có sự khác nhau. Trong trường hợp việc bảo lãnh được các bên thỏa thuận hủy bỏ, thì thực chất quan hệ nghĩa vụ dân sự giữa bên có quyền và bên có nghĩa vụ trở thành quan hệ nghĩa vụ không bảo đảm; còn trong trường hợp các bên thỏa thuận thay thế biện pháp bảo đảm khác không phải là biện pháp bảo lãnh, thì quan hệ nghĩa vụ giữa bên có nghĩa vụ và bên có quyền vẫn là quan hệ nghĩa vụ được bảo đảm, chỉ có khác ở biện pháp bảo đảm nghĩa vụ.

- Bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh: Việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh có thể là do người bảo lãnh tự nguyện hoặc có thể thông qua hình thức cưỡng chế thực hiện của cơ quan có thẩm quyền.

- Việc bảo lãnh chấm dứt theo thỏa thuận của các bên.

Trước đây, theo qui định của Điều 375 Bộ luật Dân sự năm 1995, trong trường hợp người bảo lãnh chết, pháp nhân bảo lãnh giải thể hoặc phá sản là có căn cứ chấm dứt việc bảo lãnh. Quy định này đã gây nhiều tranh cãi trong quá trình áp dụng. Bởi vì, trong trường hợp pháp nhân chấm dứt (bị giải thể hoặc bị phá sản) thì trong quá trình xử lý tài sản của pháp nhân khi bị giải thể hoặc bị

phá sản, doanh nghiệp phải thực hiện thanh lý các hợp đồng hoặc các khoản nợ của mình trong thời hạn 06 tháng kể từ ngày thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp (Điều 158 Luật Doanh nghiệp năm 2005), việc thanh lý tài sản với sự thỏa thuận tại Hội nghị chủ nợ của doanh nghiệp được thực hiện theo quy định của Luật Phá sản năm 2004. Trong trường hợp doanh nghiệp bị chấm dứt hoạt động thì các nghĩa vụ của doanh nghiệp chưa đến hạn đều được coi như đã đến hạn. Vì vậy, trong trường hợp này, việc bảo lãnh không thể chấm dứt khi pháp nhân bảo lãnh chấm dứt, trừ trường hợp các bên trong hợp đồng bảo lãnh thỏa thuận thay thế biện pháp bảo lãnh bằng biện pháp khác (cầm cố, thế chấp bằng tài sản của chính bên được bảo lãnh hoặc thỏa thuận thay thế bên bảo lãnh...).

Tương tự như vậy, khi một cá nhân chết, nghĩa vụ bảo lãnh của họ cũng không đương nhiên chấm dứt (trừ nghĩa vụ phải do chính họ thực hiện - nghĩa vụ thực hiện một công việc). Đối với nghĩa vụ bảo lãnh mà việc thực hiện nghĩa vụ này bằng tài sản thì di sản thừa kế của họ phải được sử dụng để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trước khi chia cho những người thừa kế. Hoặc người thừa kế khi nhận di sản thừa kế phải thực hiện nghĩa vụ tài sản của người chết để lại tương ứng với phần di sản được nhận.

Chính vì lẽ đó, Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 không quy định căn cứ khi pháp nhân chấm dứt hoặc cá nhân chết là căn cứ chấm dứt việc bảo lãnh. Nội dung này cũng được hướng dẫn cụ thể tại Điều 48 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ. Trong trường hợp bên bảo lãnh là doanh nghiệp bị phá sản thì việc bảo lãnh được ký kết như sau:

- Nếu nghĩa vụ bảo lãnh phát sinh thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Trường hợp bên bảo lãnh không thanh toán đầy đủ trong phạm vi bảo lãnh thì bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thanh toán phần còn thiếu;

- Nếu nghĩa vụ bảo lãnh chưa phát sinh thì bên được bảo lãnh phải thay thế biện pháp bảo đảm khác, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trong trường bên bảo lãnh là cá nhân chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết thì việc bảo lãnh được tuyên bố như sau:

- Nếu việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh phải do chính bên bảo lãnh thực hiện theo thỏa thuận hoặc theo qui định của pháp luật thì bảo lãnh chấm dứt.

- Nếu việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh không phải do chính bên bảo lãnh thực hiện thì bảo lãnh không chấm dứt. Người thừa kế của bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thay cho bên bảo lãnh theo qui định tại Điều 637 Bộ luật Dân sự năm 2005, nay là Điều 615 Bộ luật Dân sự năm 2015, trừ trường hợp từ chối nhận di sản theo qui định tại Điều 642 Bộ luật Dân sự năm 2005, nay là Điều 620 Bộ luật Dân sự năm 2015. Người thừa kế đã thực hiện nghĩa vụ thay cho bên bảo lãnh thì có các quyền của bên bảo lãnh đối với bên được bảo lãnh.

2.2. Thực trạng thực hiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam

Trong những năm gần đây, các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác, các cá nhân cũng đã được tiếp cận với hình thức bảo lãnh bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại. Theo số liệu thống kê các tranh chấp liên quan đến bảo lãnh được thụ lý, giải quyết thông qua con đường Tòa án, cho thấy số lượng án loại này có chiều hướng gia tăng, cụ thể: năm 2011 là 292 vụ, năm 2012 là 342 vụ, năm 2013 là 398 vụ, năm 2014 là 452 vụ. Với số liệu tham khảo về hoạt động xét xử của Tòa án nhân dân các cấp trong 3 năm liên tiếp, có thể rút ra một số kết luận:

- Số lượng án tranh chấp loại này đang ngày càng gia tăng khoảng 15% năm. Điều này phần nào phản ánh thực trạng ngày càng có nhiều giao dịch dân sự được bảo đảm thực hiện bằng hình thức bảo lãnh của người thứ ba.

- Các giao dịch có bảo lãnh chủ yếu phát sinh giữa một bên là Ngân hàng thương mại hay các tổ chức tín dụng và bên còn lại có thể là các doanh nghiệp nhà nước hoặc cá nhân. Hầu như không có hoặc không đáng kể các hợp đồng bảo lãnh giữa các cá nhân với nhau.

Đặc biệt trong những năm gần đây, số lượng tranh chấp liên quan về bảo lãnh tăng nhanh, đây là hậu quả của cuộc khủng hoảng kinh tế những năm vừa qua để lại, trong đó tranh chấp liên quan đến bảo lãnh để bảo đảm tiền vay tại Ngân hàng thương mại là chủ yếu.

Thực tế giải quyết các tranh chấp có liên quan đến hợp đồng bảo lãnh là rất đa dạng, mỗi vụ án đều có những tình tiết riêng biệt. Qua nghiên cứu khá nhiều các tranh chấp loại này, tác giả đã rút ra được các vấn đề sau: *Thứ nhất*, hợp đồng bảo lãnh không nhất thiết phải là hợp đồng được thỏa thuận, ký kết giữa người được bảo lãnh và người nhận bảo lãnh mà có thể chỉ là một cam kết bảo lãnh của người được bảo lãnh; *Thứ hai*, một nghĩa vụ có thể được bảo đảm bằng nhiều biện pháp. Trong trường hợp một nghĩa vụ được cam kết đảm bảo bằng hai biện pháp, cả thế chấp và bảo lãnh thì biện pháp bảo đảm bằng thế chấp thông thường sẽ được thực hiện trước và sau đó nếu nghĩa vụ bảo lãnh vẫn còn thì biện pháp bảo đảm bằng bảo lãnh mới được tính đến. Tuy nhiên, về lý thuyết người có quyền hoàn toàn có thể yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trước, sau đó nếu người bảo lãnh không còn đủ tài sản để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì mới yêu cầu tiếp người thế chấp thực hiện nghĩa vụ hoặc không yêu cầu nữa. Thông qua việc nghiên cứu các vụ án, tác giả nhận thấy có một số vấn đề cần làm rõ:

- Một tài sản có thể dùng để bảo lãnh cho hai nghĩa vụ khác nhau, điều này có nghĩa là Ngân hàng và Tòa án đã chấp nhận hình thức bảo lãnh đối vật mà không phải là đối nhân theo đúng bản chất của bảo lãnh.

- Việc xử lý tài sản bảo đảm, sau khi được sự đồng ý của người bảo lãnh, Ngân hàng đã tiến hành bán phát mại tài sản, số tiền thu được ngoài việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh cho hợp đồng, số còn lại Ngân hàng thu luôn cho hợp đồng khác mà không hoàn lại cho người bảo lãnh. Như vậy là không đúng vì nghĩa vụ bảo lãnh cho hợp đồng thứ hai chưa đến hạn thực hiện hợp đồng nên người bảo lãnh chưa phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Ngoài những vấn đề còn

tồn tại đã được đề cập, còn một số vấn đề mang tính chất chung như sau: Người bảo lãnh luôn luôn là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến một vụ án nhưng không có vụ án nào người nhận bảo lãnh khởi kiện người bảo lãnh để yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Điều này chứng tỏ một thực tế, người bảo lãnh luôn là người có nghĩa vụ dự bị, tức là chỉ khi người được bảo lãnh không còn tài sản để thực hiện nghĩa vụ thì người bảo lãnh mới phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

Đại đa số các vụ án có liên quan đến hợp đồng bảo lãnh, thì người bảo lãnh đều phải có một tài sản cụ thể để thế chấp cho người nhận bảo lãnh, và các bên cũng không nói rõ đây là tài sản bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh hay tài sản bảo đảm cho nghĩa vụ được bảo lãnh. Điều này là rất khó khăn cho việc xử lý tài sản, đặc biệt trong những vụ án có nhiều biện pháp bảo đảm cho một nghĩa vụ. Vì vậy, cần phải quy định rõ bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm đối nhân, do vậy không có việc dùng tài sản của người thứ ba để bảo lãnh cho một nghĩa vụ, mà phải là người bảo lãnh có thể dùng tài sản của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Có như vậy thì quan hệ bảo lãnh mới rõ ràng và không mâu thuẫn với bản chất của bảo lãnh.

Việc xử lý tài sản bảo đảm còn mang tính chất tùy tiện, Ngân hàng không tiến hành khởi kiện và bán phát mại tài sản thế chấp theo đúng quy định của pháp luật, mà lại tự tìm người mua tài sản sau đó yêu cầu người này nộp tiền vào thanh toán cho nghĩa vụ được bảo lãnh. Sau khi người mua tài sản nộp tiền thì Ngân hàng trả lại giấy tờ nhà đất cho người được bảo lãnh để người này tiến hành thủ tục mua, bán, chuyển nhượng. Trong việc này Ngân hàng và người được bảo lãnh đã mắc rất nhiều sai sót, hậu quả kéo theo là rất phức tạp. Hoặc có những vụ án, Ngân hàng đã bán phát mại tài sản bảo đảm của người bảo lãnh để thực hiện nghĩa vụ, sau khi đã trừ hết các khoản có trong nghĩa vụ bảo lãnh. Số còn thừa, Ngân hàng giữ lại để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh ở một hợp

đồng khác chưa đến hạn thực hiện, như vậy là không đúng với các quy định của pháp luật.

Theo quy định tại khoản 3 Điều 41 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 quy định về căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình trong trường hợp các bên có thoả thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, pháp luật hiện nay không có quy định như thế nào là "không có khả năng thực hiện nghĩa vụ". Theo quy định tại Điều 45 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm quy định về quyền yêu cầu hoàn trả của bên bảo lãnh: "Bên bảo lãnh thông báo cho bên được bảo lãnh về việc đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; nếu không thông báo mà bên được bảo lãnh tiếp tục thực hiện nghĩa vụ với bên nhận bảo lãnh thì bên bảo lãnh không có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình. Bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên nhận bảo lãnh hoàn trả những gì đã nhận từ bên bảo lãnh". Với quy định như vậy thì sẽ trùng việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, và bên nào thực hiện trước mà không thông báo thì bên đó có lỗi và phải chịu trách nhiệm hoàn trả lại.

Còn tồn tại các trường hợp một nghĩa vụ được bảo đảm bằng nhiều biện pháp bảo đảm: Theo quy định tại Điều 7 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ, Điều 297, Điều 308 Bộ luật Dân sự năm 2015. 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 thoả 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. 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!

Còn có sự lẫn lộn giữa hợp đồng thế chấp tài sản của bên thứ ba với hợp đồng bảo lãnh trong việc bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại: Thực tế trong quá trình áp dụng các biện pháp bảo đảm tiền vay, áp dụng các biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ vay của khách hàng tại ngân hàng là việc làm phổ biến trong hoạt động cấp tín dụng tại các ngân hàng thương mại. Do không hiểu hết bản chất của biện pháp bảo lãnh, đồng thời, vẫn tư duy và nhận thức theo cách tiếp cận về bảo lãnh đối vật của Bộ luật Dân sự năm 1995, nhiều hợp đồng tín dụng đã được thiết lập với biện pháp bảo đảm là thế chấp tài sản của bên thứ ba để bảo đảm tiền vay.

Nhận tài sản bảo đảm của bên thứ ba là việc ngân hàng nhận tài sản bảo đảm thuộc quyền sở hữu hợp pháp của bên bảo đảm (chủ sở hữu tài sản bảo đảm hay còn gọi là bên thứ ba) để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ vay của bên vay vốn (bên có nghĩa vụ được bảo đảm) với ngân hàng. Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của bên thứ ba là một hợp đồng bảo đảm bằng tài sản của bên thứ ba để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ vay của bên vay vốn đối với Ngân hàng thương mại. Tuy nhiên, hiệu lực pháp lý của loại hợp đồng này trong thực tiễn còn có nhiều ý kiến khác nhau và có thể để lại hệ quả xấu cho Ngân hàng thương mại. Có ý kiến cho rằng, đây là hợp đồng bảo lãnh, ý kiến khác lại cho rằng, đây là hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của bên thứ ba là một hợp đồng bảo đảm bằng tài sản của bên thứ ba để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ vay của bên vay vốn đối với ngân hàng thương mại.

Theo phản ánh của một số ngân hàng thương mại, thì một số hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba đã bị Tòa án tuyên vô hiệu. Mà cụ thể là trong năm 2011, Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi tuyên vô hiệu hai hợp đồng thế chấp bằng quyền sử dụng đất của bên thứ

ba. Theo Bản án kinh tế sơ thẩm số 26/2011/KT-ST ngày 05/8/2011 và Bản án kinh doanh thương mại sơ thẩm số 48/2011/KDTM-ST ngày 22/9/2011 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi, thì một trong những lý do hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba bị tuyên vô hiệu là có sự nhầm lẫn về hình thức hợp đồng. Theo đó, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba thực chất là quan hệ bảo lãnh. Do đó, các bên phải ký kết hợp đồng bảo lãnh chứ không phải hợp đồng thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba. Việc các bên ký kết hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba là không đúng với tính chất của giao dịch dân sự có biện pháp bảo đảm bằng hình thức bảo lãnh, không đúng với quy định của Bộ luật Dân sự về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự (Điều 122), hình thức giao dịch dân sự (Điều 124), hình thức bảo lãnh (Điều 362).

Có ý kiến cho rằng, theo quy định của Bộ luật Dân sự, “thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp”. Do vậy, chủ sở hữu tài sản có thể dùng tài sản để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của chính mình (bên thế chấp đồng thời là bên có nghĩa vụ) hoặc để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ của người khác (bên thế chấp và bên có nghĩa vụ là 02 chủ thể khác nhau). Trong khi đó, Điều 361 Bộ luật Dân sự 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 được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ”. Ngoài ra, theo quy định tại khoản 4 Điều 72 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm, thì “việc bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng... được chuyển thành việc

thế chấp quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng của người thứ ba” và quy định tại khoản 1 Điều 31 Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/5/2007 của Chính phủ quy định bổ sung về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thu hồi đất, thực hiện quyền sử dụng đất, trình tự, thủ tục bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất và giải quyết khiếu nại về đất đai, thì “bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai được hiểu là thế chấp bằng quyền sử dụng đất cho người thứ ba vay vốn theo quy định của Bộ luật Dân sự (sau đây gọi chung là thế chấp bằng quyền sử dụng đất)”.

Mặt khác, trong các quy định về chuyển quyền sử dụng đất tại Phần thứ năm của Bộ luật Dân sự không có khái niệm “bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất”. Do vậy, trong trường hợp tổ chức, cá nhân dùng quyền sử dụng đất của mình để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ vay vốn của người khác (bên bảo đảm và bên có nghĩa vụ là hai chủ thể khác nhau) thì hợp đồng đó cần được xác định là hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và nghĩa vụ vay vốn của bên vay được bảo đảm thực hiện bằng tài sản cụ thể là quyền sử dụng đất của bên thế chấp. Áp dụng quy định tại khoản 1 Điều 410 Bộ luật Dân sự thì việc Tòa án tuyên hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người thứ ba vô hiệu với một trong các lý do là không phù hợp với quy định về hình thức hợp đồng là chưa phù hợp với Bộ luật Dân sự về các trường hợp dẫn đến hợp đồng dân sự vô hiệu, cũng như quy định về nguyên tắc áp dụng pháp luật tại Điều 84 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Mặt khác, xét trên giác độ kinh tế, thì việc tuyên hợp đồng vô hiệu trong trường hợp nêu trên chưa đáp ứng được thực tiễn ký kết, thực hiện hợp đồng trong giao lưu dân sự, kinh doanh, thương mại. Còn ông Nguyễn Xuân Bang, Trưởng Phòng Công chứng số 6 thành phố Hà Nội dưới góc độ người làm nghề công chứng, cũng đã từng công chứng nhiều hợp đồng tương tự đã bàn luận về cách phân biệt hợp đồng thế chấp và hợp đồng bảo lãnh như sau: Điều 346 Bộ luật Dân sự năm 1995 quy định:

"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", nhưng đến Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 thì quy định về thế chấp đã có sự thay đổi: "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)".

So sánh các khái niệm trên, chúng ta có thể thấy ý đồ của nhà làm luật rất rõ ràng khi xây dựng khái niệm thế chấp trong Bộ luật Dân sự hiện hành đã bỏ đi cụm từ chỉ bên thế chấp là "bên có nghĩa vụ" được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 1995. Rõ ràng, theo quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành, thì bên thế chấp không nhất thiết là "bên có nghĩa vụ". Nghiên cứu các quy định về vấn đề này của Bộ luật Dân sự, chúng ta cũng không thấy nội dung nào quy định thế chấp là việc một bên mang tài sản của mình để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của chính mình đối với phía bên kia. Do vậy, hiểu một cách chính xác, quan hệ thế chấp được quy định tại Bộ luật Dân sự năm 2005 sẽ xảy ra hai trường hợp: *Trường hợp thứ nhất:* Thế chấp là việc dùng tài sản của mình đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ của chính mình đối với bên có quyền; *Trường hợp thứ hai:* Thế chấp là việc dùng tài sản của mình đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ dân sự của người khác đối với bên có quyền. Ở trường hợp thứ hai sẽ xuất hiện bên thứ ba tham gia vào quan hệ thế chấp và xét về mặt bản chất, đó chính là trường hợp "thế chấp tài sản của bên thứ ba" mà Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi đã tuyên hai hợp đồng thế chấp là vô hiệu.

Khác với quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995, Bộ luật Dân sự hiện hành không có quy định nào về việc người bảo lãnh chỉ định tài sản cụ thể để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ, mà chỉ có quy định bảo lãnh bằng việc thực hiện thay nghĩa vụ. Biện pháp bảo lãnh được quy định tại Bộ luật Dân sự hiện hành là biện pháp bảo đảm đối nhân. Hay nói cách khác, bảo lãnh chỉ áp dụng trong trường hợp bên bảo lãnh không chỉ định một tài sản cụ thể nào của

mình để đảm bảo cho cam kết thực hiện nghĩa vụ. Nếu bên bảo lãnh chỉ định một tài sản cụ thể nào đó làm tài sản đảm bảo, lúc này giao dịch sẽ trở thành cầm cố hay thế chấp. Từ phân tích này có thể thấy rằng, quan hệ bảo lãnh và quan hệ thế chấp không phải được phân biệt bằng việc xem xét quan hệ đó có hai hay ba bên tham gia, mà điểm cơ bản để phân biệt quan hệ bảo lãnh và quan hệ thế chấp là: (i) Quan hệ bảo lãnh là quan hệ đảm bảo thực hiện nghĩa vụ không có chỉ định tài sản cụ thể đảm bảo (trừ các bên có thoả thuận khác), mà biện pháp đảm bảo chính là thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được đảm bảo; (ii) Quan hệ thế chấp là quan hệ đảm bảo thực hiện nghĩa vụ có chỉ định tài sản cụ thể để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Từ đó khẳng định rằng, việc Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi yêu cầu các bên thay thế hợp đồng thế chấp tài sản của bên thứ ba bằng hợp đồng bảo lãnh là không phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự, không đúng với ý chí các bên tham gia giao dịch. Thực tế cho thấy, nếu các cơ quan xét xử mà áp dụng pháp luật theo cách hiểu của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi, thì hàng vạn hợp đồng thế chấp tài sản của bên thứ ba trong phạm vi toàn quốc đứng trước nguy cơ bị Tòa án nhân dân các cấp tuyên vô hiệu. Vì sao có sự lẫn lộn và gây ra các tranh luận ở trên? Tất cả là do các quy định hướng dẫn thi hành pháp luật thiếu thống nhất và đồng bộ.

Với thực trạng của pháp luật Việt Nam về bảo lãnh, có thể nhận thấy hệ thống pháp luật còn thiếu các quy định cần thiết, chưa tương thích, thống nhất giữa luật chuyên ngành và luật chung. Điều này ít nhiều gây khó khăn cho các chủ thể khi áp dụng pháp luật.

2.3. Đánh giá chung về thực trạng pháp luật và thực hiện pháp luật

2.3.1. Những thành tựu cơ bản

Thứ nhất, về chủ thể, pháp luật hiện hành không hạn chế chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, cũng không yêu cầu về tư cách chủ thể hoặc tài sản của bên bảo lãnh. Đây là yếu tố khá thuận lợi giúp các bên tự do lựa chọn hình thức này. Có thể nói, trong các

hợp đồng tín dụng hiện nay, bảo lãnh là một trong những biện pháp được áp dụng khá phổ biến với những điều kiện, thủ tục thuận tiện và hành lang pháp lý đối với biện pháp này được quy định tương đối đầy đủ. Trên thực tế, không phải lúc nào bên đi vay cũng có đủ tài sản để cầm cố hay thế chấp đảm bảo trả nợ khi đến hạn. Do vậy, quy định mở về sự tham gia của bên thứ ba sẽ giúp cho nhiều tổ chức, cá nhân có khả năng được vay vốn, tháo gỡ khó khăn, còn bên bảo lãnh cũng không bị ràng buộc quá nhiều trách nhiệm pháp lý theo luật khi giao kết giao dịch bảo đảm (trừ trường hợp bên bảo lãnh phải cầm cố, thế chấp tài sản của mình và/hoặc phải đăng ký giao dịch bảo đảm để đảm bảo nghĩa vụ bảo lãnh theo thỏa thuận của các bên). Ngoài ra, trong một số trường hợp, đây còn được coi là biện pháp “ba bên cùng có lợi”: Ngân hàng thương mại hay tổ chức tín dụng cho vay để thu lãi, người đi vay có thể được vay vốn để trang trải hoặc tiếp tục sản xuất kinh doanh, người bảo lãnh sẽ được nhận khoản thù lao cho việc bảo lãnh của mình.

Thứ hai, chế tài về tài sản đối với bên bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ đến hạn. Điều này tạo sự yên tâm cho tổ chức tín dụng khi chấp nhận cho một tổ chức, cá nhân nào đó vay tiền khi có người bảo lãnh.

Thứ ba, sự ràng buộc trách nhiệm của bên bảo lãnh được pháp luật quy định rất chặt chẽ và thiên về hướng có lợi cho người nhận bảo lãnh. Cụ thể, Điều 339 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Bên nhận bảo lãnh không được yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh khi nghĩa vụ chưa đến hạn”. Nhưng Điều 41 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, khoản 13 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về xử lý tài sản của bên bảo lãnh hướng dẫn đối với một số trường hợp cụ thể như sau: “Khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đối với bên

nhận bảo lãnh. Bên được bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ đó, nhưng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Các căn cứ khác, nếu pháp luật có quy định”. Việc xử lý tài sản của bên bảo lãnh theo quy định tại Điều 369 Bộ luật Dân sự được thực hiện như sau: Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì tài sản cầm cố, thế chấp được xử lý theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về việc cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh thì bên bảo lãnh phải giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên nhận bảo lãnh xử lý theo yêu cầu của bên nhận bảo lãnh, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Nếu bên bảo lãnh không giao tài sản thì bên nhận bảo lãnh có quyền khởi kiện theo quy định của pháp luật. Tại thời điểm xử lý tài sản của bên bảo lãnh, nếu bên bảo lãnh không có tài sản để xử lý hoặc khoản tiền thu được từ việc xử lý tài sản không đủ thanh toán nghĩa vụ được bảo lãnh thì trong phạm vi nghĩa vụ được bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh phải giao tài sản có được sau thời điểm xử lý cho mình để tiếp tục xử lý.

2.3.2. Những hạn chế, bất cập và nguyên nhân

2.3.2.1. Những hạn chế, bất cập

So với Bộ luật Dân sự năm 1995 thì Bộ luật Dân sự năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015 và các văn bản dưới luật hướng dẫn kèm theo đã bước đầu đã tiếp cận biện pháp bảo lãnh dựa trên nguyên lý của biện pháp bảo đảm đối nhân. Theo đó, bên bảo lãnh không dùng tài sản cụ thể thuộc sở hữu để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên được bảo lãnh, mà chỉ là cam kết về việc thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh tại thời điểm các bên ký kết hợp đồng bảo lãnh. Bộ luật Dân sự năm 2015 có hiệu lực đã củng cố bổ sung thêm các quy định về

bảo lãnh. Tuy nhiên, quá trình áp dụng cho thấy, biện pháp bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự bộc lộ những hạn chế cơ bản sau đây:

Một là, vướng mắc của quan hệ bảo lãnh, đó là sự phức tạp và đôi khi chưa phân định rõ ranh giới trách nhiệm của bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh trong các quy định pháp luật. Một số quy định pháp luật hướng dẫn thiên về định tính nhiều hơn định lượng. Trong một số vụ tranh chấp liên quan đến quan hệ bảo lãnh, người được bảo lãnh không thực hiện hết trách nhiệm của mình và đẩy hết rủi ro cho bên bảo lãnh. Quy định tại Điều 41 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ, tại khoản 2 và khoản 3, căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh ngay cả khi nghĩa vụ chưa đến hạn (điều này sẽ khiến cho bên bảo lãnh rơi vào thế bị động) hoặc bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Vậy, căn cứ để xác định thời điểm trước khi đến hạn hoặc không có khả năng thực hiện nghĩa vụ sẽ có ý nghĩa định tính. Vì việc xác định “thời điểm trước khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ” và “không có khả năng thực hiện nghĩa vụ” theo khoản 2, 3, Điều 41 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ được thể hiện dựa trên những tiêu chí nào là điều không đơn giản. Nếu bên bảo lãnh không nghiên cứu kỹ các quy định pháp luật mà đứng ra bảo lãnh sẽ rất có thể sẽ phải chịu rủi ro. Việc quy trách nhiệm cho bên bảo lãnh vô hình chung sẽ làm giảm trách nhiệm của bên được bảo lãnh. Ví dụ, Công ty A bảo lãnh cho Công ty B vay vốn (có tài sản thế chấp bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh). Đến hạn, Công ty A không trả được nợ, Công ty B bị ngân hàng khởi kiện yêu cầu thực hiện nghĩa vụ trả nợ. Tuy nhiên, tại thời điểm không trả được nợ, Công ty A vẫn hoàn toàn có đầy đủ năng lực tài chính để thanh toán khoản vay, nhưng đã cố tình không trả để đẩy trách nhiệm cho người bảo lãnh. Do vậy, với các quy định pháp luật hiện hành, có nhiều yếu tố “tiềm ẩn rủi ro” cho bên bảo lãnh và cho thấy Bộ luật Dân sự thiếu các quy định cần thiết nhằm bảo vệ bên bảo lãnh, nên trước khi đứng ra nhận bảo lãnh, bên liên quan nên nghiên cứu đầy đủ và quy định cụ thể quyền và nghĩa vụ của mình để

đưa vào hợp đồng bảo lãnh, ví dụ như: Quy định về việc bên bảo lãnh phải viết rõ giá trị tiền cam kết bảo lãnh bằng số và bằng chữ; quy định về việc bên nhận bảo lãnh có nghĩa vụ phải thông tin đối với bên bảo lãnh (tư vấn hoặc cảnh báo) về giá trị của nghĩa vụ bảo lãnh, khả năng tài chính của bên được bảo lãnh...

Để đảm bảo quyền lợi cho các bên liên quan, chúng tôi kiến nghị pháp luật nên quy định trách nhiệm liên đới giữa các bên. Cụ thể như sau: “Bên được bảo lãnh phải có trách nhiệm bằng tài sản của mình thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ trong thời hạn quy định, trong trường hợp có đầy đủ chứng cứ chứng minh bên được bảo lãnh có tình không thực hiện nghĩa vụ khi có đầy đủ điều kiện thực hiện nghĩa vụ. Bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh và/hoặc bên bảo lãnh giao tài sản thuộc sở hữu của mình ra để thanh toán”. Tức là quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ tài sản sẽ áp dụng đối với cả hai bên, để đảm bảo thu hồi nợ chứ không phải chỉ đối với bên bảo lãnh như quy định hiện nay.

Hai là, xác định pháp luật áp dụng đối với hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo lãnh là thương mại hay dân sự. Vì tương ứng với mỗi ngành luật, các chế tài về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại sẽ có một số khác biệt. Có quan điểm hiện nay cho rằng, hợp đồng tín dụng là hợp đồng dân sự, do trong Luật Thương mại không quy định về loại hợp đồng này, hoạt động cho vay tiền không phải nhằm mục đích sinh lời mà chỉ là lấy lãi suất ở một mức cố định, nên không được xem là hoạt động kinh doanh sinh lợi. Quan điểm thứ hai lại coi hợp đồng tín dụng là hợp đồng thương mại, vì: Chủ thể giao kết hợp đồng tín dụng hầu hết đều là thương nhân (hoặc thương nhân với cá nhân). Tổ chức tín dụng trên thực tế cũng là thương nhân, có đăng ký kinh doanh và có hoạt động thương mại (nhằm mục đích sinh lợi); Mục đích của hoạt động cho vay cũng là sinh lợi, lãi suất chính là yếu tố sinh lợi từ khoản tiền cho vay. Tác giả đồng thuận với quan điểm thứ hai, hợp đồng tín dụng là hợp đồng thương mại và chịu sự điều chỉnh của pháp luật thương mại. Vậy biện pháp bảo lãnh để bảo đảm tiền vay

của Ngân hàng thương mại có chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại hay không? Trong trường hợp người bảo lãnh nhằm mục đích hưởng thù lao, thì hoạt động này sẽ chịu sự điều chỉnh của Luật Thương mại và hợp đồng bảo lãnh sẽ được coi như một hợp đồng dịch vụ bảo lãnh nếu đứng độc lập, còn đối với hợp đồng tín dụng, thì hợp đồng bảo lãnh chỉ được coi là “biện pháp bảo đảm” chứ không được coi là hợp đồng phụ, một phần hay phụ lục của hợp đồng. Còn đối với trường hợp bảo lãnh không hưởng thù lao, theo quan điểm của tôi cũng nên căn cứ vào Luật Thương mại để áp dụng, bởi bảo lãnh là biện pháp có mối quan hệ mật thiết với hợp đồng tín dụng.

Ba là, vướng mắc liên quan đến biện pháp bảo lãnh và các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh (hay còn gọi là việc thế chấp, cầm cố tài sản của bên thứ ba). Quan hệ bảo lãnh có liên quan đến việc cầm cố, thế chấp tài sản, nếu pháp luật có quy định phải đăng ký giao dịch bảo đảm, công chứng hay chứng thực, thì vấn đề đặt ra ở đây là có phải làm các thủ tục với cả thỏa thuận bảo lãnh hay chỉ phải làm các thủ tục với thỏa thuận cầm cố, thế chấp tài sản của bên thứ ba? Bởi trên thực tế, có một số trường hợp thỏa thuận bảo lãnh có kèm theo các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh, nhưng cũng có trường hợp hai văn bản này được lập riêng. Căn cứ theo Điều 3 Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm, thì bảo lãnh không thuộc trường hợp phải đăng ký giao dịch bảo đảm. Điều này cũng không quy định trường hợp bảo lãnh có kèm theo biện pháp cầm cố thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh thì phải đăng ký. Nhưng trên thực tế, nhiều giao dịch bảo lãnh có kèm theo tài sản thế chấp nghĩa vụ bảo lãnh đã bị tòa án tuyên vô hiệu do không đăng ký giao dịch bảo đảm. Để đảm bảo sự thống nhất trong cách hiểu và áp dụng luật, kiến nghị nên có hướng dẫn cụ thể hơn về trường hợp thế chấp, cầm cố tài sản của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh theo hướng yêu cầu các bên phải đăng ký giao dịch bảo đảm (hoặc công chứng, chứng thực) cả thỏa thuận bảo lãnh và biện pháp cầm cố, thế chấp đảm bảo nghĩa vụ bảo lãnh nếu pháp luật yêu cầu tài sản đó phải tuân thủ các thủ tục này.

Bốn là, Bộ luật Dân sự chưa có quy định về việc bên nhận bảo lãnh phải yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bằng tài sản của mình trước và việc cưỡng chế thực hiện nghĩa vụ trước hết được tiến hành đối với tài sản của người được bảo lãnh, sau đó nếu người được bảo lãnh không có tài sản thì mới có quyền yêu cầu người bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Điều này chưa thực sự hợp lý, vì suy cho cùng thì bên bảo lãnh chỉ là người có nghĩa vụ thứ hai và chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi người có nghĩa vụ chính không thực hiện.

Năm là, Bộ luật Dân sự không quy định về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh chết hoặc bị Tòa án tuyên bố là đã chết. Nếu theo quy định tại Điều 615 BLDS năm 2015, thì những người thừa kế có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài sản trong phạm vi di sản do người chết để lại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Vấn đề đặt ra là quy định tại Điều 615 BLDS năm 2015 có áp dụng đối với biện pháp bảo lãnh không? Về nguyên tắc, người thừa kế chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với những khoản nợ đã phát sinh trước khi bên bảo lãnh chết. Quy định rõ như vậy sẽ tránh được những tranh chấp phát sinh trong thực tế và cũng là một trong các giải pháp để bảo vệ bên bảo lãnh.

Trong quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay, ngân hàng thương mại chủ yếu đóng vai trò là bên nhận bảo lãnh, đã nghiêm túc thực hiện các quy định của pháp luật về an toàn trong hoạt động cho vay. Từng hệ thống ngân hàng thương mại đã xây dựng quy trình tín dụng đưa ra khuôn khổ, chính sách, nguyên tắc quy định những trình tự thủ tục cho vay nhằm đảm bảo sự thống nhất trong hoạt động tín dụng. Từng ngân hàng thương mại đã chủ động lựa chọn các hình thức bảo đảm phù hợp với từng khách hàng dựa trên cơ sở khả năng tài chính, uy tín và hiệu quả dự án đầu tư, phương án sử dụng vốn của khách hàng. Trong quá trình thực hiện các biện pháp bảo đảm tiền vay nói chung và bảo lãnh để bảo đảm tiền vay nói riêng còn một số hạn chế sau:

- Danh mục các tài sản đảm bảo chưa đa dạng, hiện tại chủ yếu tập trung vào các loại giấy tờ có giá, sổ tiết kiệm, nhà ở, quyền sử dụng đất, phương tiện vận tải.

- Việc xác định giá trị tài sản bảo đảm còn mang nặng tính chủ quan, trên thực tế việc xác định giá trị tài sản đảm bảo của khách hàng đều do tổ thẩm định tín dụng của các ngân hàng thương mại thực hiện mà không có sự tham gia của các cơ quan chuyên môn. Điều này làm mất đi tính khách quan của việc xác định được đúng giá trị thực của tài sản đảm bảo nhằm bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của các bên khi tham gia quan hệ bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại, tránh gây thiệt hại cho các bên.

- Các thông tin để làm căn cứ thẩm định khách hàng, về dự án đầu tư, phương án sử dụng vốn vay, về tài sản bảo đảm còn hạn chế, thiếu cơ sở khẳng định tính trung thực khách quan của các thông tin.

2.3.2.2. Một số nguyên nhân gây ra hạn chế, bất cập

a. Nguyên nhân từ phía các ngân hàng thương mại

- Việc định giá tài sản đảm bảo mang tính chủ quan, thiếu vắng các chuyên gia, do vậy, các tài sản bảo đảm hiện nay được các ngân hàng thương mại chấp nhận thường là tài sản không quá khó để đánh giá.

- Hệ thống cung cấp thông tin cần thiết phục vụ cho công tác thẩm định khách hàng để cho vay của các ngân hàng thương mại còn nghèo nàn, do vậy, cán bộ tín dụng của các ngân hàng thương mại lựa chọn biện pháp an toàn là yêu cầu khách hàng phải áp dụng bằng bảo đảm tài sản.

- Trình độ năng lực của cán bộ tín dụng còn hạn chế, thể hiện ở khâu thẩm định dự án đầu tư, phương án sản xuất kinh doanh của khách hàng.

b. Nguyên nhân từ cơ chế, chính sách

- Bảo đảm tiền vay nói chung và bảo lãnh trong hoạt động cho vay của Ngân hàng thương mại có liên quan trực tiếp và bị điều chỉnh bởi nhiều văn bản pháp luật khác nhau, do nhiều cơ quan ban hành trong các khoảng thời gian khác

nhau, bởi vậy, khó tránh khỏi tình trạng không đồng bộ, chông chéo hoặc có nhiều cách hiểu, nhận thức và hành động khác nhau.

- Một số quy chế về bảo đảm an toàn nói chung và bảo đảm tiền vay nói riêng còn can thiệp sâu vào hoạt động cho vay của Ngân hàng thương mại. Chính vì vậy, đã dẫn đến sự can thiệp có tính hành chính vào các hoạt động của Ngân hàng thương mại, tác động không tốt đến quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong hoạt động kinh doanh của Ngân hàng thương mại.

- Việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở diễn ra chậm, hơn nữa với biến động của giá bất động sản làm cho giá đất theo khung giá của Nhà nước chênh lệch quá lớn so với giá thị trường tự do, điều này gây nhiều khó khăn cho ngân hàng trong việc định giá cũng như thống nhất giá trị của tài sản đảm bảo với khách vay.

- Các yêu cầu về tài sản đảm bảo phải chứng minh được quyền sở hữu, nhưng việc đăng ký quyền sở hữu đối với nhiều loại tài sản lại chưa được triển khai.

c. Nguyên nhân từ phía khách hàng

Do thói quen kinh doanh tuân thủ pháp luật chưa được tạo lập chắc chắn, nên một bộ phận lớn khách hàng không có khả năng lập dự án đầu tư, phương án sản xuất kinh doanh, hồ sơ vay vốn thường có nhiều thiếu sót, việc tính toán các chi tiêu của dự án không có tính thuyết phục, thông tin cung cấp sơ sài đã ảnh hưởng không nhỏ đến quan hệ tín dụng với Ngân hàng thương mại.

Kết luận Chương 2

Qua nghiên cứu thực trạng các quy định pháp luật và thực trạng thi hành pháp luật cho thấy, bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại là một biện pháp bảo đảm được áp dụng rộng rãi và thể hiện nhiều ưu điểm trong quan hệ tín dụng hiện nay. Tuy nhiên, xung quanh chế định này vẫn còn một số vướng mắc và tiềm ẩn tranh chấp. Do vậy, việc nghiên cứu, dự liệu và hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan đến bảo lãnh là một trong những yêu cầu cần thiết để hoàn thiện hơn nữa hành lang pháp lý về các biện pháp bảo đảm nói chung, bảo lãnh nói riêng đối với các hợp đồng tín dụng hiện nay.

Chương 3

ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO LÃNH ĐỂ BẢO ĐẢM TIỀN VAY CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

3.1. Định hướng hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam

3.1.1. Xuất phát từ quan điểm thực hiện chính sách tiền tệ linh hoạt và bảo đảm hoạt động tín dụng ngân hàng an toàn, hiệu quả

Mục tiêu vận hành của các chính sách kinh tế tại mỗi quốc gia đều hướng tới đảm bảo tăng trưởng bền vững, ổn định giá cả và việc làm. Đây là ba mục tiêu trọng yếu cấu thành nên sự ổn định của kinh tế. Các mục tiêu này được thực hiện thông qua công cụ là các chính sách kinh tế. Trong đó việc điều hành chính sách tiền tệ là một trong những nghệ thuật quan trọng góp phần ổn định kinh tế vĩ mô.

Xét về phương diện lý thuyết, mục tiêu chủ yếu nhất của chính sách tiền tệ là kiểm soát lạm phát trong trung hạn, bởi tác động của chính sách tiền tệ đến lạm phát. Lý thuyết cũng như thực tế đã chứng minh chính sách tiền tệ chỉ đạt hiệu quả cao nhất trong kiểm soát lạm phát khi các giải pháp chính sách chỉ tập trung theo đuổi mục tiêu này. Tuy nhiên, do các biến số kinh tế có những diễn biến phức tạp và chi phối lẫn nhau nên việc thực thi chính sách tiền tệ ở mỗi quốc gia tùy thuộc vào mức độ, điều kiện phát triển và giai đoạn phát triển mà các mục tiêu vĩ mô được lựa chọn có thể có thứ tự ưu tiên khác nhau. Có nghĩa là trong những điều kiện nhất định, chính sách tiền tệ có thể hướng tới mục tiêu khác ngoài lạm phát.

Việt Nam là quốc gia đang trong giai đoạn lạm phát cao và thiếu ổn định. Chính vì vậy, mà vấn đề kiểm soát lạm phát đã trở thành mục tiêu hàng đầu trong thực thi chính sách tiền tệ. Để hiểu rõ hơn các giải pháp thực thi chính sách tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước trong những năm qua, chúng ta

cùng nhìn lại những diễn biến kinh tế trong nước và quốc tế. Kinh tế thế giới trong những năm qua tiếp tục phải đối mặt và giải quyết các vấn đề lớn sau khủng hoảng như phục hồi tăng trưởng kinh tế, giải quyết tình trạng thất nghiệp, ngăn chặn sự gia tăng và lan tỏa nợ công tại khu vực Châu Âu và các nền kinh tế lớn ở châu Á... Sau những nỗ lực thực hiện các chính sách hỗ trợ và cải cách kinh tế của các quốc gia thành viên, đặc biệt là các đầu tàu kinh tế lớn như Mỹ, Châu Âu, Trung Quốc, Nhật Bản..., mặc dù đã khởi sắc song kinh tế toàn cầu vẫn chưa thật sự bền vững và vẫn còn diễn biến phức tạp, khó dự báo. Để vực dậy đà tăng trưởng kinh tế, sau khủng hoảng kinh tế thế giới và tài chính toàn cầu vừa qua, Ngân hàng Trung ương các nước liên tục thực hiện các chính sách nới lỏng với thuật ngữ mới trong điều hành là các gói nới lỏng định lượng. Cũng thời gian này, Ngân hàng Trung ương các nước cũng liên tiếp tuyên bố duy trì lãi suất ở mức thấp và triển khai các gói hỗ trợ quy mô lớn để kích thích kinh tế trước sức ép suy giảm đang đè nặng lên mỗi nước v.v...

Những diễn biến bất lợi của kinh tế toàn cầu đã có những tác động bất lợi đến tình hình kinh tế, tài chính, tiền tệ trong nước. Tăng trưởng kinh tế có xu hướng suy giảm, thị trường tiêu thụ hàng hóa bị thu hẹp, hàng hóa tồn kho ở mức cao, sức mua của dân chúng giảm, thị trường bất động sản đóng băng, lạm phát ở mức cao, các cân đối vĩ mô chưa đảm bảo, sản xuất kinh doanh gặp nhiều khó khăn, thanh khoản thị trường trên thị trường tiền tệ mặc dù đã có những cải thiện nhất định nhưng còn căng thẳng, lãi suất tăng cao, tỷ giá tính ổn định còn thấp, thị trường vốn âm thầm và hoạt động của hệ thống ngân hàng – trung gian tài chính trọng yếu trong nền kinh tế phải đối mặt với nhiều rủi ro lớn, nhiều doanh nghiệp nhất là doanh nghiệp nhỏ và vừa phải thu hẹp sản xuất, dừng hoạt động hoạt giải thể.

Trước thực tế trên, từ năm 2012 đến nay, Chính phủ đã chỉ đạo các Bộ ngành quản lý trong công tác điều hành kinh tế vĩ mô kiên định với các mục tiêu lớn là tập trung ổn định kinh tế vĩ mô, tái cơ cấu nền kinh tế, đổi mới mô hình

tăng trưởng, tháo gỡ khó khăn cho sản xuất kinh doanh. Trên cơ sở đó, Chính phủ đã ban hành nhiều Nghị quyết để đưa ra các giải pháp chủ yếu điều hành thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội. Thông qua các nghị quyết này, Chính phủ xác định ngày càng rõ hơn vai trò của Ngân hàng Nhà nước trong việc thực hiện mục tiêu hàng đầu, đó là kiềm chế lạm phát và chủ động linh hoạt trong điều hành chính sách tiền tệ. Đồng thời Ngân hàng Nhà nước cũng là một trong các cơ quan quản lý trực thuộc Chính phủ giữ trọng trách quan trọng trong công tác tháo gỡ khó khăn cho khu vực sản xuất, hỗ trợ thị trường, giải quyết nợ xấu.

Để đạt được các mục tiêu trên, Ngân hàng Nhà nước đã thực thi đồng bộ, linh hoạt các giải pháp chính sách tiền tệ như: kiểm soát cung tiền ở mức hợp lý, đặc biệt là hoạt động tín dụng; Điều chỉnh lãi suất chính sách phù hợp với diễn biến của chỉ số giá tiêu dùng hàng tháng để kịp thời giảm dần mặt bằng lãi suất tạo điều kiện tháo gỡ khó khăn cho các doanh nghiệp trong điều kiện kinh tế còn nhiều khó khăn, ban hành các quy định giám sát thận trọng đảm bảo an toàn hệ thống, quản lý hoạt động ngoại hối ổn định hướng tới giảm dần ngoại tệ hóa, vàng hóa trong nền kinh tế và hỗ trợ tích cực cho chính sách quản lý tiền đồng của Ngân hàng Nhà nước, xây dựng và triển khai Đề án “Cơ cấu lại hệ thống tổ chức tín dụng giai đoạn 2011-2015”. Năm 2016, hệ thống Ngân hàng đã đảm đương việc cấp tín dụng cho doanh nghiệp và nền kinh tế khá trọn vẹn. Ngân hàng nhà nước đã bám sát Nghị quyết của Quốc hội, Chính phủ để chỉ đạo toàn ngành triển khai thực hiện chính sách tiền tệ và đảm bảo hoạt động ngân hàng an toàn, hiệu quả. Trong đó, xác định điều hành chính sách tiền tệ chủ động, linh hoạt, phối hợp chặt chẽ với các chính sách kinh tế vĩ mô khác để kiểm soát lạm phát theo mục tiêu đề ra, ổn định kinh tế vĩ mô, góp phần tăng trưởng kinh tế ở mức hợp lý, đảm bảo thanh khoản của các tổ chức tín dụng và nền kinh tế, duy trì ổn định thị trường tiền tệ, ngoại hối, mặt bằng lãi xuất cơ bản, định hướng tổng phương diện than toán tăng khoảng 16%-18%, dư nợ tín dụng tăng 18%-20% và có điều chỉnh với diễn biến thực tế. Chính sách tiền tệ liên quan hoạt

động tín dụng của Ngân hàng thương mại là tổ chức thực hiện các giải pháp về tiền tệ, hoạt động ngân hàng để tiếp tục tạo điều kiện cho tổ chức tín dụng mở rộng tín dụng đi đôi với an toàn, chất lượng tín dụng, bảo đảm cung ứng vốn cho nền kinh tế, tăng khả năng tiếp cận vốn tín dụng ngân hàng của doanh nghiệp và người dân.

3.1.2. Xuất phát từ việc nâng cao hiệu quả thực thi các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự

Bộ luật Dân sự năm 2015 được Quốc hội khóa XIII thông qua ngày 24/11/2015, có hiệu lực kể từ ngày 1/1/2017 có nhiều nội dung đổi mới, trong đó có phần nội dung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Nhìn một cách tổng thể, nội dung phần bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của Bộ luật Dân sự năm 2015 đã tiếp cận tốt hơn với thông lệ quốc tế và cơ bản giải quyết được những vướng mắc, khó khăn trong thực tiễn ký kết và thực hiện hợp đồng bảo đảm. Có thể nói, những tiếp cận mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có sự ảnh hưởng và tác động mang tính chất chi phối đến cơ chế điều chỉnh pháp luật và nhận thức pháp luật trong lĩnh vực giao dịch bảo đảm và đăng ký biện pháp bảo đảm. Những tác động cụ thể của Bộ luật Dân sự năm 2015 tới hoạt động của các tổ chức tín dụng là các quy định chung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; thế chấp bằng tài sản của người thứ ba... Những vấn đề cần cụ thể hóa để triển khai thực hiện Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại nói riêng...

Đối với nội dung bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bổ sung thêm một số quy định mới như đăng ký biện pháp bảo đảm, các trường hợp xử lý tài sản bảo đảm, thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm, giao tài sản bảo đảm để xử lý, quyền nhận lại tài sản bảo đảm... Ngoài ra, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng đã quy định bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản trở thành biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và áp dụng quy định chung về hình thức hợp đồng (riêng hình thức bảo đảm bằng tín chấp được giữ lại); phân biệt rạch ròi giữa biện pháp bảo đảm

mang tính chất đối nhân (bao gồm bảo lãnh và tín chấp) và biện pháp bảo đảm mang tính chất đối vật (mà điển hình là biện pháp thế chấp tài sản và cầm cố tài sản); hoàn thiện cơ chế làm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba của biện pháp bảo đảm...

Trong lĩnh vực bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, một trong những vướng mắc lớn nhất hiện nay đó là chưa có cách hiểu thống nhất về việc thế chấp, cầm cố tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho người khác. Hiện nay, có nhiều cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp xác lập các biện pháp thế chấp, cầm cố tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho người khác. Theo đó, có tổ chức tín dụng thì đồng ý xác lập giao dịch bảo đảm này, có tổ chức thì không; trong quá trình giải quyết tranh chấp của ngành Tòa án cũng có hai quan điểm: (i) Chấp nhận giao dịch bảo đảm dưới dạng cầm cố, thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ dân sự cho người khác; (ii) Không chấp nhận giao dịch bảo đảm thế chấp, cầm cố mà coi là bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh... Do đó, để thực thi có hiệu quả Bộ luật Dân sự, cần thiết phải có sự rà soát, sửa đổi các văn bản pháp luật về giao dịch bảo đảm để đảm bảo sự phù hợp và thống nhất với quy định mới của Bộ luật Dân sự năm 2015 nhằm đảm bảo sự thực thi có hiệu quả các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Trong đó, về tài sản bảo đảm, để tạo thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật, quy định chi tiết về các quyền tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trên cơ sở kế thừa quy định về quyền tài sản của Bộ luật Dân sự năm 2015 và các quy định của pháp luật có liên quan (như Thông tư số 08/2014/TT-BTP) đã được thực tiễn kiểm nghiệm.

3.1.3. Xuất phát từ nhu cầu thực tế đòi hỏi hoàn thiện các quy định pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại

Xây dựng và dần hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh nói chung và bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trong hoạt động ngân hàng thương mại, tổ chức tín dụng nói riêng luôn được đặt ra trước yêu cầu của nền kinh tế hội nhập. Việc cần thiết

phải hoàn thiện hệ thống pháp luật về bảo lãnh xuất phát từ những yêu cầu về lý luận và thực tiễn sau:

- Đường lối đổi mới nền kinh tế theo hướng xây dựng nền kinh tế nhiều thành phần của Đảng cộng sản Việt Nam trong những năm gần đây có ảnh hưởng quyết định đến toàn bộ hệ thống pháp luật nói chung. Đặc biệt là ảnh hưởng đến hệ thống pháp luật dân sự theo nghĩa rộng, trong đó có pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại nói riêng. Cùng với đó là chủ trương phát triển nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, phát huy mọi tiềm năng, nội lực, đảm bảo sự bình đẳng giữa các thành phần kinh tế đã tạo điều kiện cho hệ thống pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự ở nước ta có những thay đổi rõ rệt. Những quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại nói riêng đang dần được hoàn thiện, để đáp ứng tốt hơn yêu cầu của xã hội. Mặt khác, các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dần tiếp cận đến chuẩn mực chung của thông lệ và tập quán quốc tế trong nền kinh tế toàn cầu hóa mà Việt Nam đang hội nhập ngày càng sâu rộng.

- Để đáp ứng tốt hơn các yêu cầu của đường lối đổi mới, cũng như yêu cầu mạnh mẽ của nền kinh tế thị trường trong thời kỳ hội nhập, hệ thống pháp luật về bảo lãnh cần tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

- Sự phát triển của nền kinh tế trong những năm qua, cùng với sự ra đời của rất nhiều loại hình doanh nghiệp của các thành phần kinh tế khác nhau là một tiền đề cần thiết kèm theo sự phát triển và đa dạng hóa các loại hình nghiệp vụ của tổ chức tín dụng. Nếu như doanh số bảo lãnh của các Ngân hàng thương mại nhà nước những năm trước kia chiếm tỷ trọng lớn, thì những năm gần đây, tỷ trọng này đang có sự thay đổi theo hướng chuyển dần sang các Ngân hàng thương mại khác. Các biện pháp bảo đảm nói chung và bảo lãnh nói riêng ngày càng đóng vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển của các loại hình

giao dịch. Điều này đồng nghĩa với thúc đẩy nền kinh tế phát triển. Với riêng hợp đồng bảo lãnh ngân hàng, nó không chỉ đơn thuần là loại dịch vụ ngân hàng mà theo một nghĩa nào đó, nó còn là sự tài trợ của Ngân hàng đối với hoạt động của các doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường.

Thực trạng và những vấn đề đặt ra về pháp luật bảo lãnh nói chung và pháp luật bảo lãnh trong một số lĩnh vực cụ thể (đã được trình bày ở Chương 2) cho chúng ta thấy còn nhiều nội dung cần phải được xem xét để tiếp tục hoàn thiện như: bản chất của hợp đồng bảo lãnh; thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh; quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh... từ đó, đưa ra các phương hướng hoàn thiện cho chế định quan trọng này.

Như đã nói ở trên, nền kinh tế Việt Nam ngày càng hội nhập sâu rộng vào nền kinh tế quốc tế, đã và đang đặt ra những yêu cầu cấp thiết để tạo mọi điều kiện cho các giao dịch dân sự ngày càng mở rộng và đảm bảo cho các bên tham gia các giao dịch có được hệ số an toàn cao nhất. Đặc biệt trong điều kiện Việt Nam đã gia nhập vào tổ chức thương mại quốc tế, yêu cầu về hoàn thiện hệ thống pháp luật bảo lãnh nói chung và pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay trong lĩnh vực ngân hàng nói riêng phải có những thay đổi đáng kể sao cho ngày càng tiếp cận dần tới các thông lệ và chuẩn mực quốc tế. Để làm được điều này, trước tiên hệ thống pháp luật về bảo lãnh chung, chuyên ngành và các quy định của các ngành luật có liên quan phải đồng bộ, không được chồng chéo mâu thuẫn. Sau đó, hệ thống pháp luật quốc gia phải phù hợp với các Điều ước quốc tế mà Việt Nam đã tham gia, phù hợp với các quy tắc, thông lệ quốc tế trong hoạt động thương mại, tài chính ngân hàng. Tuy nhiên, việc tham khảo, áp dụng các quy tắc, thông lệ quốc tế phải không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

3.2. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam

3.2.1. Hoàn thiện chế định pháp luật về bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự là nền tảng cho toàn bộ hệ thống pháp luật về bảo lãnh

Với vai trò là Bộ luật gốc, Bộ luật Dân sự cần có những quy định mang tính nguyên tắc cho cả hệ thống luật tư nói chung. Chế định bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự cũng phải tuân theo chiều hướng này, theo đó, chế định bảo lãnh chỉ quy định những vấn đề mang tính chất chung nhất, khái quát nhất, còn các quy định cụ thể, mang tính chất chuyên ngành sẽ được các văn bản luật chuyên ngành điều chỉnh. Từ những yêu cầu về cơ sở lý luận cũng như thực tiễn nêu trên, chúng tôi cho rằng pháp luật về bảo lãnh cần phải hoàn thiện những nội dung chính sau đây:

- Chế định bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự phải là các quy định gốc, mang tính khái quát cao, từ đó các lĩnh vực bảo lãnh chuyên ngành sẽ quy định chi tiết, đặc thù cho lĩnh vực hoạt động của mình và không được trái với các quy định của Bộ luật Dân sự.

- Hoàn thiện các quy định về bản chất của bảo lãnh, quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ bảo lãnh, hình thức của hợp đồng bảo lãnh; phạm vi của nghĩa vụ được bảo lãnh; thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh...

- Hoàn thiện hệ thống văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động bảo lãnh trong các lĩnh vực cụ thể, đặc biệt trong lĩnh vực bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại trở nên phổ biến, dễ áp dụng và tính hiệu quả cao.

- rà soát, bãi bỏ các quy định chưa thực sự hợp lý trong chế định bảo lãnh của Bộ luật Dân sự Việt Nam, ví dụ như: Không thể quy định tùy nghi là "các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình" (Điều 361 Bộ luật Dân sự), vì về nguyên tắc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ trong

trường hợp bên được bảo lãnh đã dùng toàn bộ tài sản của mình để thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh.

- Bổ sung một số quy định về bảo lãnh mà Bộ luật Dân sự hiện còn thiếu như: Các quy định nhằm bảo vệ người bảo lãnh; quy định về việc bên có quyền phải có nghĩa vụ thông tin cho bên bảo lãnh về giá trị của nghĩa vụ được bảo lãnh, khả năng tài chính của bên được bảo lãnh; quy định về việc bên bảo lãnh có thể viện dẫn tất cả những vi phạm về hình thức, nội dung mà bên được bảo lãnh có thể viện dẫn để không phải thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo lãnh; hậu quả pháp lý đối với cam kết bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh chết; điều kiện đối với bên bảo lãnh, trong đó đặc biệt là khả năng thanh toán nợ.

- Bộ luật Dân sự cần quy định cụ thể, rõ ràng các vấn đề có liên quan đến biện pháp bảo lãnh như: Các trường hợp làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt đối với biện pháp bảo lãnh; giới hạn của biện pháp bảo lãnh so với giá trị của nghĩa vụ được bảo lãnh; hậu quả pháp lý trong trường hợp bên bảo lãnh không có tài sản để bù trừ nghĩa vụ được bảo lãnh.

Pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định tại các văn bản luật khác nhau, do đó việc áp dụng pháp luật để thực hiện những giao dịch được bảo đảm bằng bảo lãnh còn có những điểm chưa được thống nhất. Để khắc phục tình trạng này, nhằm xây dựng hệ thống pháp luật có sự thống nhất, đồng bộ và khoa học, hệ thống pháp luật về bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ cần được xây dựng trên cơ sở các yêu cầu sau đây:

Các quy định của pháp luật chuyên ngành quy định về bảo lãnh như tín dụng ngân hàng phải được xây dựng thống nhất đồng bộ với các quy định về bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự. Do bản chất, đặc điểm của biện pháp bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trong hoạt động tín dụng ngân hàng là bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự nên pháp luật về bảo lãnh chuyên ngành phải là một bộ phận của pháp luật về giao dịch bảo đảm và được xây dựng trên nền tảng cơ bản của Bộ luật Dân sự - Đạo luật gốc cho các quan hệ tư.

Để đạt được mục tiêu này, các quy định về bảo lãnh của pháp luật chuyên ngành phải tuân thủ tất cả các nguyên tắc cơ bản cũng như những quy định về bảo lãnh và những quy định có liên quan đến chế định bảo lãnh của Bộ luật Dân sự, như nguyên tắc thỏa thuận, bình đẳng, thiện chí, trung thực; nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích cộng đồng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác. Các vấn đề về hình thức, phạm vi bảo lãnh, quyền và nghĩa vụ của các bên khi tham gia quan hệ bảo lãnh cần được bổ sung... Những nguyên tắc này sẽ được áp dụng trong khi ký kết và thực hiện hợp đồng bảo lãnh.

Từ những quy định chung của Bộ luật Dân sự, cần xây dựng cơ chế đặc thù cho các hoạt động bảo lãnh trong các lĩnh vực riêng. Ví dụ: trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng, hoạt động bảo lãnh là một nghiệp vụ của ngân hàng và tổ chức tín dụng, hoạt động này mang tính chất lợi nhuận. Do vậy, vấn đề thù lao bảo lãnh phải được quy định cụ thể, hoặc vấn đề về chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh cũng có những đặc thù riêng (không chỉ có ba chủ thể mà có thể có nhiều hơn)... Ngoài ra, cần phải có những quy định về việc hỗ trợ xử lý tài sản bảo đảm trong quan hệ bảo lãnh. Việc hỗ trợ này cần phải được thực hiện bằng con đường tư pháp như các quy định về tố tụng trong việc giải quyết tranh chấp về quyền yêu cầu xử lý tài sản bảo đảm của bên nhận bảo lãnh.

Ngoài ra, việc xây dựng các quy định về bảo lãnh cũng nhằm mục đích tạo ra sự thống nhất, minh bạch của hệ thống giao dịch bảo đảm; khắc phục được tình trạng chồng chéo, thiếu thống nhất, rõ ràng; đồng thời phải tuân thủ nghiêm ngặt những nguyên tắc chung của pháp luật dân sự, tránh tình trạng ban hành hoặc áp dụng văn bản pháp luật vì lợi ích riêng của một số ngành, lĩnh vực, chủ thể nhất định.

3.2.2. Hoàn thiện quy định pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay

3.2.2.1. Về bản chất của bảo lãnh

Việc xác định đúng bản chất của bảo lãnh sẽ là cơ sở cho việc xây dựng và hoàn thiện các quy định của pháp luật về bảo lãnh như chủ thể tham gia quan

hệ bảo lãnh, phạm vi nghĩa vụ bảo lãnh, thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, các bên trong hợp đồng bảo lãnh cũng như xác định được quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh... Vì vậy, trước khi xem xét, nhằm hoàn thiện khái niệm bảo lãnh, chúng ta phải hiểu sự cam kết giữa các chủ thể tham gia trong quan hệ bảo lãnh là mối quan hệ thông qua hợp đồng giữa các chủ thể tham gia quan hệ bảo lãnh, mà cụ thể là giữa người bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Trong quan hệ này, người được bảo lãnh không đóng vai trò gì, bởi vì, hợp đồng bảo lãnh có thể được thiết lập để bảo đảm cho một nghĩa vụ mà chính bản thân người có nghĩa vụ (người được bảo lãnh) cũng không biết nghĩa vụ của mình được bảo lãnh. Trong trường hợp người được bảo lãnh đề nghị người bảo lãnh giao kết hợp đồng bảo lãnh, nếu người bảo lãnh chấp nhận với một số điều kiện (thù lao, hoàn trả nghĩa vụ sau khi người bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, tiền lãi...), khi đó giữa người bảo lãnh và người được bảo lãnh giao kết một hợp đồng khác bên cạnh hợp đồng bảo lãnh.

3.2.2.2. Về hình thức của hợp đồng bảo lãnh

Bộ luật Dân sự và các quy định về bảo lãnh chuyên ngành đều thống nhất trong việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản, ngoài ra có thể còn phải công chứng, chứng thực. Về hình thức của hợp đồng bảo lãnh, theo một số tác giả thì quy định của Bộ luật Dân sự và các luật chuyên ngành là vi phạm nguyên tắc tự do hợp đồng. Theo các tác giả này, hợp đồng là sự thống nhất ý chí của các bên. Hình thức hợp đồng là phương tiện thể hiện ý chí của các bên ra bên ngoài. Do đó, về nguyên tắc mọi phương tiện có khả năng này và đã thể hiện ý chí đích thực của các bên đều có thể xem xét là hình thức của hợp đồng. Nguyên tắc này đòi hỏi các bên không nên căn cứ vào việc vi phạm điều kiện hình thức hợp đồng mà tuyên bố hợp đồng vô hiệu trong khi các bên có sự thống nhất ý chí đích thực về việc xác lập quyền và nghĩa vụ hợp đồng.

Tác giả cho rằng, riêng đối với hợp đồng bảo lãnh, pháp luật quy định phải được thể hiện bằng hình thức văn bản là hoàn toàn phù hợp. Xuất phát từ

bản chất của quan hệ bảo lãnh là loại quan hệ rất nhạy cảm, liên quan trực tiếp đến nghĩa vụ của các bên. Mặt khác, các quy định của pháp luật còn nhiều điểm chưa thật cụ thể, chi tiết, dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau. Ngoài ra, nhằm đảm bảo giá trị của chứng cứ khi phát sinh tranh chấp, pháp luật quy định một số ngoại lệ đối với nguyên tắc tự do hợp đồng.

3.2.2.3. Về phạm vi nghĩa vụ bảo lãnh

Theo quy định của Bộ luật Dân sự của Việt Nam, thì phạm vi 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 (Điều 363 Bộ luật Dân sự). Điều luật này cần phải quy định cụ thể về việc các bên thỏa thuận bảo lãnh vượt quá phạm vi nghĩa vụ hoặc với những điều kiện nặng nề hơn, theo hướng, các bên có thể cam kết bảo lãnh một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ của người có nghĩa vụ. Tuy nhiên, không thể bảo lãnh vượt quá nghĩa vụ của người có nghĩa vụ, và cũng không được cam kết bảo lãnh với những điều kiện nặng nề hơn. Trường hợp các bên đã cam kết bảo lãnh vượt quá nghĩa vụ hoặc với điều kiện nặng nề hơn thì cam kết đó không bị coi là vô hiệu do trái luật, mà chỉ bị giảm xuống đến giới hạn của nghĩa vụ chính phải thực hiện.

Chúng ta nghiên cứu, xem xét để bổ sung các quy định nêu trên, một mặt nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật theo chiều hướng ngày càng đầy đủ các quy định để điều chỉnh những tình huống pháp lý nảy sinh trong lĩnh vực này, mặt khác, chúng ta cũng đã tiếp cận gần hơn với các hệ thống pháp luật trên thế giới.

3.2.2.4. Về thời hạn, thời điểm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh

Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ quy định chi tiết về giao dịch bảo đảm, bổ sung, hướng dẫn chi tiết các quy định về bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự, song vẫn còn một số vấn đề cần hoàn thiện, cụ thể như:

+ Tại khoản 3 Điều 41 có quy định: “Bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi bên được bảo lãnh

không có khả năng thực hiện nghĩa vụ”. Nhận thấy, quy định này không nói rõ tình trạng không có khả năng thanh toán của người được bảo lãnh xảy ra ở thời điểm nào, trước hoặc sau khi nghĩa vụ chính đến hạn? Có lẽ, khi xây dựng quy định này người làm luật tính đến trường hợp sau khi nghĩa vụ chính đến hạn mà người được bảo lãnh không còn khả năng thực hiện nghĩa vụ, và khả năng ấy đã được chứng minh bằng một quyết định của bản án có hiệu lực pháp luật, thì khi đó người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Điều này là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, trong thực tiễn lại xảy ra nhiều trường hợp, người được bảo lãnh rơi vào tình trạng không còn khả năng thực hiện nghĩa vụ khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ chính. Điển hình là trường hợp người được bảo lãnh bị tuyên bố phá sản khi nghĩa vụ chính chưa đến hạn thực hiện. Ngoài ra, còn xảy ra trường hợp, người nhận bảo lãnh có cơ sở vững chắc để chứng minh cho tình trạng không còn khả năng thực hiện nghĩa vụ của người được bảo lãnh. Đối với các trường hợp này thì sao? Người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hay không? Vấn đề này chưa được Bộ luật Dân sự quy định và Nghị định nêu trên của Chính phủ cũng không bổ sung vấn đề này. Vì vậy, cần nghiên cứu để bổ sung theo hướng:

- Đối với trường hợp người được bảo lãnh bị tuyên bố phá sản khi chưa đến hạn thực hiện nghĩa vụ chính thì cần phải chia ra làm hai trường hợp. Nếu là bảo lãnh liên đới thì ngay khi người được bảo lãnh bị tuyên bố phá sản, người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Nếu là bảo lãnh không liên đới, khi người được bảo lãnh nộp đơn xin tuyên bố phá sản, người nhận bảo lãnh phải đăng ký vào danh sách chủ nợ sau khi được thanh toán theo quy định của pháp luật, nếu tài sản của người được bảo lãnh chỉ đủ thực hiện một phần nghĩa vụ thì người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh đối với phần nghĩa vụ còn lại. Ngược lại,

nếu tài sản của người được bảo lãnh còn đủ để thực hiện nghĩa vụ chính thì sau khi thực hiện xong nghĩa vụ chính, nghĩa vụ bảo lãnh cũng chấm dứt.

- Đối với trường hợp, mặc dù chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ chính nhưng người nhận bảo lãnh có thể chứng minh được khả năng không thể thực hiện được nghĩa vụ của người được bảo lãnh. Trường hợp này, chúng ta cũng nên nghiên cứu và có quy định cụ thể theo hướng, người nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu người bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ trước thời hạn nếu chứng minh được việc người được bảo lãnh không có khả năng thanh toán khi nghĩa vụ chính tới hạn thực hiện.

+ Về thời hạn thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, Điều 42 quy định về việc thông báo việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, theo đó, “bên nhận bảo lãnh thông báo cho bên bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi phát sinh căn cứ thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh theo quy định tại Điều 41 Nghị định này...” Quy định về việc thông báo thực hiện nghĩa vụ là hoàn toàn hợp lý, tuy nhiên, Nghị định không nói rõ việc thông báo phải được thực hiện theo trình tự, thủ tục nào (bằng miệng, bằng văn bản...). Tác giả cho rằng, cần phải hoàn thiện quy định này theo hướng, “bên nhận bảo lãnh thông báo bằng văn bản cho bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh..”.

Điều 43 của Nghị định có quy định: “Bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong thời hạn do các bên thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong một thời hạn hợp lý, kể từ thời điểm được thông báo về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”. Tuy nhiên, khái niệm “trong một khoảng thời gian hợp lý” cần phải hiểu như thế nào? Quy định này chưa có nội hàm xác định, dẫn đến việc khó áp dụng, khó giải quyết khi xảy ra tranh chấp. Theo tác giả, quy định này cần phải ấn định một khoảng thời gian cụ thể (có thể là 15 ngày hoặc 30 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của bên nhận bảo lãnh).

3.2.2.5. Về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo lãnh

Điều 340 Bộ luật Dân sự năm 2015 có quy định quyền của bên bảo lãnh, theo đó, khi bên bảo lãnh đã hoàn thành nghĩa vụ thì có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ đối với mình trong phạm vi bảo lãnh, nếu không có thỏa thuận khác. Quy định này sẽ không phù hợp trong trường hợp người được bảo lãnh bị tuyên bố phá sản trước khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ chính. Khi đó người bảo lãnh chưa thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh do vậy không có quyền đăng ký vào danh sách chủ nợ để được phân chia tài sản theo quyết định của Tòa án. Khi Tòa án đã phân chia xong tài sản của người bảo lãnh, thì quyền yêu cầu của người bảo lãnh đối với người được bảo lãnh chỉ còn trên lý thuyết, vì khi đó người được bảo lãnh đã không còn tài sản.

3.2.3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại

Với tính đặc thù riêng của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt Nam hiện nay, để nâng cao được hiệu quả áp dụng pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay, còn cần quan tâm đến các giải pháp về nghiệp vụ của ngân hàng thương mại như sau:

3.2.3.1. Về nâng cao năng lực định giá tài sản bảo đảm

Hiện nay, theo quy định trong Quy chế cho vay của các ngân hàng thương mại, tỷ lệ cho vay trên tài sản bảo đảm còn thấp, thông thường, theo Quy chế cho vay của các ngân hàng thương mại là không quá 70% giá trị tài sản tài sản bảo đảm, nhưng trên thực tế cho vay tại nhiều ngân hàng thương mại, tài sản bảo đảm được định giá thấp hơn giá trị 20 - 30% nên đã làm ảnh hưởng đến lợi ích của khách hàng. Ngoài ra, danh mục tài sản được Ngân hàng thương mại chấp nhận làm tài sản bảo đảm chưa đa dạng, mới chỉ tập trung chủ yếu ở quyền sử dụng đất, giấy tờ có giá, phương tiện vận tải, máy móc thiết bị. Đối với tài sản của các doanh nghiệp phần lớn chưa được cấp giấy chứng nhận chủ quyền, việc bảo đảm bằng tài sản của các doanh nghiệp còn mang tính hình thức, thủ tục xử

lý tài sản cầm cố, thế chấp trong trường hợp doanh nghiệp không có khả năng trả nợ rất khó khăn. Các nguyên nhân nói trên đã làm hạn chế khả năng được cung ứng vốn tín dụng ngân hàng.

Để hoạt động tín dụng nói chung và cho vay nói riêng đạt kết quả, thực hiện một cách hiệu quả vai trò của ngân hàng đối với nền kinh tế, đáp ứng vốn cho nhu cầu phát triển, về phía các Ngân hàng thương mại cần nâng cao năng lực định giá tài sản bảo đảm theo hướng thành lập bộ phận chuyên trách về định giá tài sản bảo đảm với đầy đủ phương tiện và nguồn thông tin tin cậy. Nhà nước cần đẩy mạnh hơn nữa tiến trình cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước. Đồng thời, cần phải nâng cao tính minh bạch, chính xác và độ tin cậy của tình hình tài chính doanh nghiệp thông qua tổ chức và thực hiện quy định bắt buộc kiểm toán, tuân thủ nghiêm túc chế độ kế toán tài chính của các doanh nghiệp. Trên cơ sở chế độ quản lý tài chính của các doanh nghiệp minh bạch, chính xác sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho ngân hàng và khách hàng xác định biện pháp đảm bảo bằng tài sản hay không bằng tài sản trong quan hệ vay vốn ngân hàng.

3.2.3.2. Nâng cao chất lượng thẩm định trước khi cho vay của ngân hàng thương mại

Chất lượng hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại phụ thuộc rất lớn vào khả năng thẩm định trước khi cho vay, bên cạnh việc có chính sách cho vay hợp lý, quy trình cho vay hiệu quả, khoa học, chất lượng thẩm định tốt sẽ hạn chế được rủi ro tín dụng, tạo điều kiện cho khách hàng trong hoạt động sản xuất kinh doanh, đồng thời, tạo thuận lợi cho công tác xử lý tài sản bảo đảm tiền vay. Để nâng cao chất lượng thẩm định thông qua các các giải pháp như sau:

- *Hoàn thiện nội dung thẩm định:* Trong xu thế hội nhập kinh tế, các ngân hàng thương mại cần thay đổi để ngày càng phù hợp với thông lệ quốc tế, cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện các mô hình lượng hóa rủi ro tín dụng như hệ thống cho điểm tín dụng, xếp hạng khách hàng đồng thời kết hợp sử dụng với phương pháp định tính để thẩm định, đánh giá rủi ro tín dụng.

- *Hoàn thiện công tác tổ chức thẩm định*: Tại hầu hết các ngân hàng thương mại cho đến nay, cán bộ tín dụng vừa làm công tác thẩm định vừa làm công tác theo dõi, quản lý khoản vay do vậy chưa có sự chuyên môn hóa trong chức năng thẩm định và chức năng theo dõi quản lý nợ vay. Tách bạch chức năng thẩm định và chức năng quản lý khoản vay sẽ có tác dụng nâng cao chất lượng thẩm định. Để phát huy tính chủ động và minh bạch trong thẩm định, cần thiết thực hiện quy chế độc lập trong quá trình thẩm định và quyết định cho vay.

- *Nâng cao năng lực cán bộ*: Hiện nay năng lực quản trị rủi ro nói chung và năng lực thẩm định cho vay của các ngân hàng thương mại còn chưa cao đã làm tăng thêm khả năng dễ bị ảnh hưởng của các ngân hàng thương mại trong điều kiện mức độ cạnh tranh gia tăng trong quá trình hội nhập. Yếu tố con người chính là một trong những nguyên nhân gây ra hậu quả lớn trong hoạt động ngân hàng, một số vụ án kinh tế lớn có liên quan trong những năm qua là thực tiễn chứng minh đòi hỏi nâng cao chất lượng nguồn nhân lực.

3.2.3.3. *Nâng cao chất lượng thông tin*

Để nâng cao chất lượng thông tin phục vụ cho việc phân tích, đánh giá khách hàng vay vốn có hiệu quả, đảm bảo chất lượng tín dụng, hạn chế rủi ro, các ngân hàng thương mại cần thực hiện các giải pháp:

- *Đối với các Ngân hàng thương mại*: Xây dựng và hoàn thiện hệ thống thông tin là yêu cầu cấp bách mà các ngân hàng thương mại cần thực hiện. Một trong những nguyên nhân gây rủi ro tín dụng là thông tin không cân xứng. Để thiết lập hệ thống thông tin đa dạng từ nhiều nguồn khác nhau, các ngân hàng thương mại cần thực hiện đẩy nhanh quá trình ứng dụng công nghệ thông tin, thiết lập phần mềm để quản lý khách hàng, thống kê, nghiên cứu, lưu trữ thông tin để bổ sung cho việc phân tích đánh giá khách hàng; tổ chức nhận hồ sơ và phân tích theo hướng chuyên môn hóa. Ngoài thông tin về khách hàng, các ngân hàng thương mại cũng cần hoàn thiện hệ thống thông tin kinh tế nói chung phục vụ cho việc ra quyết định. Các ngân hàng thương mại cần tăng cường hợp tác,

liên kết, trao đổi chia sẻ thông tin giữa các ngân hàng thương mại trong việc cung cấp thông tin cho nhau về khách hàng nhằm giảm thiểu rủi ro.

- *Đối với các cơ quan nhà nước có liên quan:* Hiện nay, hệ thống pháp luật về đăng ký giao dịch bảo đảm chưa đồng bộ dẫn đến sự phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền đăng ký giao dịch bảo đảm chưa thống nhất, cần xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu giao dịch bảo đảm thống nhất trên toàn quốc nhằm thực hiện tốt việc cung cấp thông tin và giao dịch bảo đảm, phục vụ một cách tốt nhất nhu cầu thông tin của khách hàng.

Ngân hàng Nhà nước cần phối hợp với Tổng cục Thống kê, Tổng cục Địa chính, Bộ Tư pháp, cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm xây dựng hệ thống thông tin một cách hiệu quả phục vụ cho hoạt động lĩnh vực tín dụng. Đồng thời, hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh trong hoạt động quản lý, cung cấp, khai thác và sử dụng hệ thống thông tin. Hiện nay, cơ sở dữ liệu về đăng ký giao dịch bảo đảm chưa thật đầy đủ cùng với việc phối hợp khai thác thông tin giữa các cơ quan làm nhiệm vụ đăng ký giao dịch bảo đảm và đáp ứng nhu cầu thông tin của Ngân hàng thương mại còn chưa thật nhanh chóng thuận lợi đã làm hạn chế tác dụng của đăng ký giao dịch bảo đảm, mục đích của việc đăng ký giao dịch bảo đảm chưa thực sự phát huy hiệu quả. Cần tổ chức hợp lý, thông suốt hệ thống các cơ quan liên quan đến hoạt động bảo đảm tiền vay từ khâu đăng ký giao dịch bảo đảm tiền vay từ khâu đăng ký giao dịch bảo đảm, công chứng, chứng thực đến xử lý tài sản bảo đảm.

3.2.3.4. Về đăng ký quyền sở hữu tài sản

Xây dựng hoàn chỉnh quy định pháp luật về đăng ký quyền sở hữu tài sản đảm bảo theo phương châm tài sản có chủ sở hữu hợp pháp. Để giải quyết một cách có hiệu quả quyền sở hữu tài sản cần hệ thống hóa và ban hành thống nhất dưới hình thức văn bản luật về đăng ký sở hữu tài sản, quy định rõ nội dung, trình tự, thủ tục đăng ký quyền sở hữu tài sản của công dân, tổ chức kinh tế, quyền quản lý sử dụng tài sản nhà nước. Quyền sở hữu, quản lý, sử dụng tài sản

phải được đăng ký khi mua sắm mới, khi có sự thay đổi về quy mô tài sản, chuyển nhượng, chuyển đổi mục đích sử dụng tài sản, thay đổi tên gọi, chia tách, sáp nhập hoặc thành lập mới.

Bất động sản và tài sản gắn liền với bất động sản chiếm tỷ trọng lớn trong hoạt động cho vay có tài sản bảo đảm của các ngân hàng thương mại, nhu cầu vay vốn của dân cư và các tổ chức trên cơ sở bảo lãnh, thế chấp tài sản là nhà, đất còn rất lớn nhưng tỷ lệ được cấp tín dụng còn rất hạn chế do tài sản chưa bảo đảm tính hợp pháp. Hiện nay, tiến trình cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất mặc dù đã có chủ trương đúng đắn, nhưng việc thực hiện trên thực tế còn nhiều bất cập, cần đẩy nhanh tốc độ cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà và quyền sử dụng đất để tạo điều kiện cho các giao dịch dân sự kinh tế, đồng thời tăng khả năng cung cấp hàng hóa cho thị trường bất động sản, giúp các ngân hàng thương mại, tổ chức tín dụng xác định rõ tính hợp pháp của tài sản bảo đảm tiền vay nhằm giúp thực hiện thành công và an toàn cho các giao dịch cho vay dựa trên tài sản bảo đảm là giá trị quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà.

Kết luận Chương 3

Với việc nghiên cứu, phân tích những vấn đề lý luận cơ bản về bảo lãnh trong quan hệ vay tiền của các ngân hàng thương mại và các tổ chức tín dụng, thực trạng pháp luật về bảo lãnh trong quan hệ vay tiền của các tổ chức tín dụng và các kiến nghị hoàn thiện pháp luật trong lĩnh vực này, tác giả đưa ra một số kết luận sau đây: Bảo lãnh trong quan hệ vay tiền của các tổ chức tín dụng là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, đồng thời là một nghiệp vụ của tổ chức tín dụng, về bản chất đó là việc áp dụng biện pháp bảo đảm để thực hiện nghĩa vụ trong giao dịch dân sự, kinh tế, thương mại. Bảo lãnh trong hoạt động ngân hàng là một biện pháp bảo đảm có những đặc điểm chung của biện pháp bảo lãnh trong giao dịch dân sự, đồng thời cũng có điểm đặc thù xuất phát từ đặc trưng, tính chất của hoạt động ngân hàng. Các đặc điểm này quyết định tới việc

xây dựng pháp luật về bảo lãnh trong hoạt động ngân hàng. Từ những nghiên cứu thực trạng pháp luật và đối chiếu với thực tiễn hoạt động bảo lãnh cùng những yêu cầu đặt ra đối với các quy định của pháp luật về bảo lãnh, từ đó tác giả đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về bảo lãnh, góp phần vào quá trình hoàn thiện pháp luật về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nói chung và chế định bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại nói riêng.

KẾT LUẬN

Cùng với sự phát triển của kinh tế thị trường, hoạt động tín dụng ngày càng được phát triển một cách đa dạng với sự tham gia của nhiều chủ thể kinh tế, theo đó, quan hệ tín dụng cũng được mở rộng cả về đối tượng và quy mô làm cho hoạt động tín dụng Ngân hàng càng đa dạng và phức tạp hơn. Hoạt động tín dụng là hoạt động chủ yếu, mang lại lợi nhuận nhiều nhất cho ngân hàng thương mại và các tổ chức tín dụng, nó quyết định sự tồn tại và phát triển của một ngân hàng thương mại hoặc tổ chức tín dụng trong điều kiện nền kinh tế thị trường.

Trong các hoạt động nghiệp vụ của hệ thống ngân hàng thương mại, thì nghiệp vụ kinh doanh tiền tệ là nghiệp vụ mang tính cơ bản. Đặc thù của hoạt động này là có nhiều biến động và rủi ro, nó bị chi phối bởi nhiều yếu tố khách quan, đặc biệt là từ phía khách hàng. Vì vậy, việc xây dựng hành lang pháp lý an toàn cho các hợp đồng tín dụng được coi là yêu cầu cần thiết và cấp bách nhằm tạo điều kiện cho sự phát triển mạnh mẽ hoạt động kinh doanh tiền tệ của các ngân hàng thương mại, tổ chức tín dụng trong điều kiện nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt nam.

Chế độ pháp lý về các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng là vấn đề quan trọng, có ý nghĩa to lớn cả về chính trị, kinh tế, xã hội. Việc thực thi hiệu quả các quy định pháp luật trong lĩnh vực này góp phần đạt được hai mục tiêu, đó là phát triển và mở rộng thị trường tín dụng nhưng vẫn bảo đảm an toàn đối với các khoản cho vay của Ngân hàng thương mại và các tổ chức tín dụng.

Bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của ngân hàng thương mại là một biện pháp bảo đảm được áp dụng rộng rãi và thể hiện nhiều ưu điểm trong quan hệ tín dụng hiện nay. Tuy nhiên, xung quanh chế định này vẫn còn một số vướng mắc và tiềm ẩn tranh chấp. Do vậy, việc nghiên cứu, dự liệu và hoàn thiện các qui định pháp luật liên quan đến bảo lãnh là một trong những yêu cầu cần thiết để

hoàn thiện hơn nữa hành lang pháp lý về các biện pháp bảo đảm nói chung và bảo lãnh nói riêng đối với hợp đồng tín dụng hiện nay.

Khi nghiên cứu đề tài dưới góc độ chuyên ngành, tác giả mong muốn nghiên cứu một cách có hệ thống cơ sở lý luận và các qui định về bảo lãnh trong pháp luật dân sự nói chung với việc làm sáng tỏ những vấn đề lý luận cơ bản về bản chất, đặc điểm của bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ và các qui định đặc thù của pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại ở Việt nam hiện nay. Từ nghiên cứu thực trạng pháp luật và đối chiếu với thực tiễn hoạt động bảo lãnh cùng với những yêu cầu đặt ra đối với các qui định của pháp luật về bảo lãnh, tác giả đề xuất một số kiến nghị để hoàn thiện các qui định của pháp luật về bảo lãnh và nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật về bảo lãnh để bảo đảm tiền vay của Ngân hàng thương mại hiện nay.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Xuân Bang, Trưởng Phòng Công chứng số 6 TP Hà Nội, “Hiểu thế nào về thế chấp và Bảo lãnh theo quy định của Bộ luật Dân sự?”, <http://phapluatxahoi.vn/phap-luat/hieu-the-nao-ve-the-chap-va-bao-lanh-theo-quy-dinh-cua-bo-luat-dan-su-49852>
2. Bình luận Bộ luật Dân sự Nhật Bản, Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội năm 2002, Mục 4, từ tr.425 – tr.437
3. Bình luận Bộ luật Dân sự Nhật Bản, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2002,
4. Bộ luật Dân sự năm 2005
5. Bộ luật Dân sự năm 2015
6. Trương Thị Kim Dung (1997), Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng ở nước ta hiện nay, Luận văn thạc sĩ Luận Văn - Đề Án - Tiểu Luận Thạc Sĩ luật học;
7. Trương Thanh Đức (2009), “*Những điều không thể về giao dịch bảo đảm*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 24 (161)/12-2009...
8. Trương Thanh Đức - Brandco Lawfir - Pháp luật điều chỉnh hoạt động bảo lãnh ngân hàng của tổ chức tín dụng (Phần 2) . (Nguồn: dangthanglawyer.wordpress.com).
9. ThS. Bùi Đức Giang (2012), “*Một số hạn chế của quy định pháp luật về gọi bảo lãnh*” của, Tạp chí Ngân hàng số 23, tháng 12 năm 2012;
10. ThS. Bùi Đức Giang (2012), *Chế định bảo lãnh của Việt Nam – Nhìn từ góc độ luật so sánh*” “<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2012/10/08/che-dinh-bao-lnh-cua-viet-nam-nhn-tu-gc-do-luat-so-snh-1/>, Công ty Luật Audier and Partners Vietnam LLC trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 16 (224), tháng 8 năm 2012, tr. 29 – 39.
11. PGS.TS Lê Hồng Hạnh (1996), *Về các biện pháp bảo đảm hợp đồng tín dụng*, Tạp chí Luật học, số 1/1996

12. Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt nam năm 2013
13. Lê Thu Hiền (2003), *Các biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng*, Luận văn thạc sĩ luật học
14. TS. Bùi Đăng Hiếu (2008) , *Biện pháp bảo lãnh theo Bộ luật Dân sự năm 2005* của, tài liệu CD của Khoa Luật Đại học Quốc gia
15. Nguyễn Văn Hoạt (2005), “Bảo đảm thực hiện hợp đồng tín dụng ngân hàng bằng thế chấp tài sản” Luận án tiến sĩ Luận Văn - Đề Án - Tiểu Luận Thạc Sĩ luật học
16. ThS. Hồ Quang Huy, Bộ Tư pháp, Hoàn thiện các quy định về bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự Việt Nam - http://www.moj.gov.vn/tcdcpl/tintuc/Lists/NghienCuuTraDoi/View_detail.aspx?ItemID=404
17. PGS.TS Hoàng Thế Liên (Chủ biên), Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2005, Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2008.
18. Nguyễn Thành Long (1999), *Những vấn đề pháp lý về bảo lãnh ngân hàng*, Luận văn thạc sĩ luật học
19. Luật các tổ chức tín dụng năm 2010
20. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật
21. Nghị định số 178/1999/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 1999 về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng.
22. Nghị định số 85/2002/NĐ-CP ngày 25 tháng 10 năm 2002 của Chính phủ sửa đổi bổ sung một số điều của Nghị định 178.
23. Nghị định 165/1999/NĐ-CP ngày 19/11/1999 của Chính Phủ hướng dẫn thực hiện Bộ Luật Dân sự năm 1995.
24. Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 về giao dịch bảo đảm được ban hành để hướng dẫn thực hiện BLDS năm 2005.

25. Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22 tháng 2 năm 2012 sửa đổi bổ sung Nghị định 163 về giao dịch bảo đảm.

26. ThS. Nguyễn Văn Phương (2007), *“Hoàn thiện pháp luật bảo đảm tiền vay trong bối cảnh hội nhập”*, Tạp chí Ngân hàng số 11 năm 2007;

27. Quyết định số 26/2006/QĐ-NHNN ngày 26 tháng 6 năm 2006 của Ngân hàng nhà nước Việt nam về việc ban hành quy chế bảo lãnh ngân hàng

28. Tài liệu Tọa đàm do Nhà Pháp luật Việt - Pháp tổ chức về sửa đổi Bộ luật Dân sự, Giáo sư Michel Grimaldi của Đại học Paris II, Cộng hòa Pháp đã có bài trình bày tổng quát về pháp luật thực định của Cộng hòa Pháp về các biện pháp bảo đảm, trong đó có bàn đến các vấn đề về bảo lãnh, năm 2011.

29. Trần Thị Minh Tâm (2003), *Pháp luật về xử lý tài sản bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng*, Luận văn thạc sĩ luật học

30. LS. Đỗ Hồng Thái, *“Hợp đồng bảo lãnh không thể xem là hợp đồng phụ của hợp đồng tín dụng”* - (saigonminhluat.com);

31. LS. Đỗ Hồng Thái, *“Tính lệ thuộc của nghĩa vụ bảo lãnh, một vấn đề ngân hàng cho vay cần quan tâm”*, - <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/>;

32. Thông tư 07/2003/TT-NHNN ngày 19 tháng 5 năm 2003 về hướng dẫn một số qui định về bảo đảm tiền vay của các Tổ chức tín dụng.

33. Thông tư liên tịch của Ngân hàng nhà nước, Bộ Tư pháp, Bộ Công an, Bộ Tài chính, Tổng cục Địa chính số 03/2001/TTLT/NHNN-BTP-BCA-BTC-TCĐC ngày 23 tháng 4 năm 2001, hướng dẫn về xử lý bảo đảm tiền vay để thu hồi nợ cho các tổ chức tín dụng.

34. Thông tư liên tịch số 07/2015/TT-NHNN ngày 25 tháng 6 năm 2015 qui định về bảo lãnh Ngân hàng.

35. TS. Lê Thị Thu Thủy (2002), *Bản chất pháp lý của hợp đồng tín dụng ngân hàng*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 12/2002

36. Võ Đình Toàn (2002), *“Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay”*, Tạp chí Luật học, (3).

37. TS. Võ Đình Toàn (2002), *Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 3/2002.

38. ThS. Nguyễn Thùy Trang (2011), “*Một số nội dung pháp lý liên quan tới bảo lãnh đối với hợp đồng tín dụng*”, Tạp chí Thị trường Tài chính Tiền tệ số 5 (326) ngày 01/3/2011;

39. ThS. Nguyễn Thùy Trang, “*Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hoạt động tín dụng của các ngân hàng thương mại: một số nhận định từ góc độ pháp lý đến thực tiễn*”, Công ty Công nghiệp Hóa chất mỏ - TKV - <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/>;

40. Từ điển Luật học, Nxb. Tư pháp và Nxb. Từ điển Bách khoa, Hà Nội, 2006, tr.43.

41. ThS. Vũ Văn Tuyên, “*Một số vấn đề của quan hệ bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba để đảm bảo nghĩa vụ vay vốn ngân hàng*” của - <http://congchungdatcang.com.vn/>;

42. TS. Nguyễn Văn Tuyên, “*Những khía cạnh pháp lý cơ bản của giao dịch bảo lãnh bằng tài sản trong quan hệ vay vốn ngân hàng*”, Đại học Luật Hà Nội <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/>;

43. TS. Phạm Văn Tuyết và TS. Lê Kim Giang (2012), “*Hợp đồng tín dụng và biện pháp bảo đảm tiền vay*”, NXB Tư pháp, Hà Nội – 2012;

44. Phạm Văn Tuyết (1999), “*Bàn về biện pháp bảo lãnh*”, Luật học, (1).

45. TS. Nguyễn Văn Vân (2000), *Mấy suy nghĩ về bản chất pháp lý của hợp đồng tín dụng ngân hàng*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3/2000

46. Nguyễn Như Ý(1999),*Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa - Thông tin xuất bản năm 1999, tr.79.

47. Olsanui A.I., *Tín dụng ngân hàng: Kinh nghiệm ở Nga và các nước trên thế giới*, Matxcova, 1997, tr.99.