

## BẢO ĐẢM TIỀN VAY BẰNG TÀI SẢN CỦA CÁC TỔ CHỨC TÍN DỤNG

Lê Thị Thu Thủy<sup>(\*)</sup>

### 1. Khái niệm bảo đảm tiền vay và bảo đảm tiền vay bằng tài sản

Hình thức cấp tín dụng chủ yếu của các tổ chức tín dụng (TCTD) ở nước ta hiện nay là cho vay. Các tổ chức này cho vay trên cơ sở nguồn vốn huy động là chủ yếu, tức là không cho vay tiền của bản thân mình mà đi vay để cho vay. Chính vì vậy trách nhiệm hàng đầu của các TCTD là bảo vệ quyền lợi của người gửi tiền. Mặc dù phần lớn các ngân hàng đều dự tính trước những rủi ro có thể xảy ra, nhưng những rủi ro này phải được kiểm soát chặt chẽ để bảo vệ số tiền gửi của khách hàng. Do đó sự an toàn là một vấn đề cần xem xét trước tiên đối với mọi khoản vay. Ngoài việc xây dựng qui trình cho vay khoa học chặt chẽ, các tổ chức cho vay còn áp dụng các biện pháp phòng ngừa để giảm thiểu rủi ro. Cho vay trên cơ sở có bảo đảm bằng tài sản là một trong số các biện pháp đó.

Ngoài ra, việc thực hiện quyền và nghĩa vụ là vấn đề mấu chốt trong quan hệ hợp đồng, trong việc đảm bảo hiệu quả và mục đích của hợp đồng, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mỗi bên. Việc các chủ thể được tạo điều kiện lựa chọn các quan hệ mà họ tham gia, cách thức và nội dung các quan hệ nghĩa vụ hoàn toàn không loại trừ trách nhiệm khi các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của mình.

Trong thực tế, không phải bao giờ khi có vi phạm nghĩa vụ, thì các bên bị vi phạm cũng yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền giải quyết. Hơn nữa, các biện pháp cưỡng chế không phải lúc nào cũng mang lại hiệu quả. Như vậy khi nghĩa vụ không được bảo đảm bằng tài sản thì người có nghĩa vụ rất dễ lẩn tránh việc thực hiện nghĩa vụ, đồng thời việc thực hiện lợi ích của người có quyền rất mong manh.

Để khắc phục những bất lợi trên, bảo vệ lợi ích của các TCTD, Điều 3 Nghị định 178 của Chính phủ ngày 29/12/1999 qui định các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản và các biện pháp bảo đảm tiền vay không bằng tài sản.

Vậy bảo đảm tiền vay là gì?

Bảo đảm tiền vay không phải lúc nào cũng là yếu tố cần thiết khi vay vốn ngân hàng nhưng có vai trò rất quan trọng. Việc bảo đảm tiền vay không phải quyết định hoàn toàn việc vốn vay sẽ được hoàn trả, nhưng rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng phần nào được giảm bớt. Tuy nhiên bảo đảm tiền vay thường được áp dụng trong các trường hợp:

<sup>(\*)</sup> TS, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

- Khả năng trả nợ vốn vay của khách hàng còn hạn chế;

- Trong nền kinh tế đất nước có thể xảy ra lạm phát, làm mất giá số tiền đã cho vay của tổ chức tín dụng, dễ làm ảnh hưởng đến khả năng tài chính của khách hàng vay vốn, do đó dễ dẫn đến việc vi phạm thời hạn trả nợ.

Theo nghĩa rộng, *bảo đảm tiền vay là việc thiết lập các điều kiện nhằm xác định khả năng thực có của khách hàng đối với việc hoàn trả vốn vay đúng thời hạn* (ví dụ: khách hàng thường phải có một số tài sản nhất định thuộc sở hữu của mình trong phạm vi pháp luật qui định tối thiểu phải có 20% trong tổng số vốn muốn vay hoặc nếu khách hàng là cá nhân thì đòi hỏi phải có thu nhập thường xuyên).

Bảo đảm tiền vay không chỉ đơn thuần và duy nhất là cho vay phải có tài sản để thế chấp, cầm cố hoặc bảo lãnh (tức là bảo đảm bằng tài sản) mà cần hiểu nó theo nghĩa rộng. Khoản 1 điều 52 Luật các TCTD năm 1997, mục a khoản 2 điều 3 Nghị định 178 có quy định: TCTD chủ động tìm kiếm các dự án sản xuất kinh doanh, dịch vụ khả thi, có hiệu quả và có khả năng hoàn trả nợ để cho vay; TCTD chủ động lựa chọn khách hàng vay để cho vay không có bảo đảm bằng tài sản. Điều này có nghĩa là, ngoài các biện pháp cụ thể được áp dụng để đảm bảo thu hồi vốn và lãi suất cho vay thì các TCTD phải chủ động tìm kiếm đối tác của mình. Đối tượng của họ trong trường hợp này là các chủ thể có khả năng thực tế, có kinh nghiệm, có uy tín trong hoạt động sản xuất kinh doanh, cũng như trong hoạt động tín dụng. Đây là biện pháp tích cực, mang tính phòng ngừa cao và vì vậy nó cần được áp dụng trước tiên trong các biện pháp bảo đảm tiền vay. Các biện pháp bảo đảm bằng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh mặc dù có sự bảo đảm về mặt vật chất và rất cần thiết nhưng hiệu quả không cao và các thủ tục để áp dụng các biện pháp trên cũng như việc xử lý các tài sản dùng làm vật cầm cố, thế chấp, bảo lãnh hiện nay cũng rất phức tạp. Các biện pháp này chỉ mang tính thụ động. Vì vậy, nên hiểu bảo đảm tiền vay “là hàng loạt các giải pháp nhằm mục đích thực hiện cho được yêu cầu buộc vốn cho vay ra phải được quay về với người cho vay sau một chu kỳ nhất định với đầy đủ cả gốc và lãi” [5].

Theo nghĩa hẹp, *bảo đảm tiền vay là những biện pháp đảm bảo việc trả nợ vốn vay (cầm cố, thế chấp bằng tài sản của khách hàng vay, bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba, cầm cố, thế chấp bằng tài sản hình thành từ vốn vay).*

Hay bảo đảm tiền vay là sự cam kết của người đi vay đối với người cho vay dựa trên các qui định của nhà nước, nhằm thiết lập, áp dụng các biện pháp tác động mang tính chất dự phòng để đảm bảo việc trả nợ vốn vay, ngăn ngừa vi phạm và tạo khả năng khắc phục những hậu quả do vi phạm nghĩa vụ trả nợ gây ra

Ở nghĩa này, bảo đảm tiền vay bao gồm các biện pháp bảo đảm thuộc phạm trù chủ quan, thể hiện ở chỗ do các chủ thể thoả thuận thiết lập, áp dụng dựa trên các qui định của pháp luật về biện pháp bảo đảm nói chung và bảo đảm tiền vay nói riêng, để tạo sự yên tâm cho nhau trong quan hệ nghĩa vụ, có tác dụng dự phòng đối với những hành vi không hợp pháp, tạo cơ sở kinh tế khắc phục thiệt hại vật chất cho bên bị thiệt

hại (TCTD). Các thỏa thuận của các chủ thể phải phù hợp, không được trái với những qui định của pháp luật về biện pháp bảo đảm. Khi các chủ thể chỉ thỏa thuận áp dụng biện pháp nào đó mà không thỏa thuận về các nội dung cụ thể thì mặc nhiên sẽ áp dụng theo qui định của pháp luật về biện pháp bảo đảm đó; ngược lại các biện pháp bảo đảm - các qui định của pháp luật chỉ thực sự phát huy hiệu lực khi các bên có thỏa thuận áp dụng và phù hợp với ý chí nguyện vọng của các bên.

Theo luật dân sự của hầu hết các nước trên thế giới, bảo đảm tiền vay là các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (Điều 819 phần II Bộ Luật Dân sự của Nga ngày 22/12/1995). Sở dĩ như vậy là vì hợp đồng tín dụng ngân hàng theo pháp luật các nước trên thế giới hầu hết là chế định của Luật Dân sự.

Theo nghĩa trên, biện pháp bảo đảm tiền vay là biện pháp được luật qui định theo một khuôn mẫu nhất định, có mục đích hướng dẫn cho các chủ thể trong quan hệ nghĩa vụ áp dụng (TCTD và khách hàng vay vốn), để đảm bảo cho nghĩa vụ được bảo đảm thực hiện (nghĩa vụ trả nợ của khách hàng), đồng thời xác định quyền và nghĩa vụ các bên trong biện pháp bảo đảm đó. Tính khuôn mẫu của biện pháp bảo đảm đòi hỏi các bên khi áp dụng phải áp dụng đúng, không được trái với qui định.

Theo Khoản 1 Điều 2 Nghị định 178/1999/NĐ-CP, bảo đảm tiền vay là việc TCTD áp dụng các biện pháp nhằm phòng ngừa rủi ro, tạo cơ sở kinh tế và pháp lý để thu hồi được các khoản nợ đã cho khách hàng vay.

Từ định nghĩa trên ta thấy, *bảo đảm tiền vay hay còn gọi là bảo đảm tín dụng là những biện pháp mà các tổ chức tín dụng áp dụng nhằm ngăn ngừa và hạn chế tới mức thấp nhất những rủi ro có thể xảy ra trong hoạt động cho vay của mình, cụ thể là đảm bảo cho việc thu hồi vốn và lãi suất vay.*

Và các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản chính là các biện pháp cầm cố, thế chấp tài sản của khách hàng vay, bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba, bảo đảm bằng tài sản hình thành từ vốn vay.

Đây là những qui định của pháp luật đặt ra và cho phép các chủ thể áp dụng để bảo đảm cho nghĩa vụ trả nợ của khách hàng được thực hiện, đồng thời xác định quyền và nghĩa vụ của các bên trong biện pháp bảo đảm đó.

Theo Nghị định 178, khoản 2 điều 2 : “cho vay có bảo đảm bằng tài sản là việc cho vay vốn của TCTD mà theo đó nghĩa vụ trả nợ của khách hàng vay được cam kết bảo đảm thực hiện bằng tài sản cầm cố, thế chấp, tài sản hình thành từ vốn vay của khách hàng vay hoặc bảo lãnh bằng tài sản của bên thứ ba”.

Từ qui định trên ta thấy, bảo đảm tiền vay bằng tài sản là thuật ngữ được sử dụng đối với các trường hợp tài sản được sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ. Ngoài ra, Nghị định 178 cho phép thực hiện bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay, “điều này mở ra nhiều cơ hội cấp tín dụng cho sản xuất kinh doanh trong điều kiện doanh nghiệp không đủ tiềm lực vốn tự có để triển khai dự án” [8, tr.13]. Đây là một hình thức bảo đảm tiền vay mới, lần đầu tiên được ghi nhận trong pháp luật

về tín dụng ngân hàng. Có thể xem đây là một điểm tiến bộ, thể hiện tính linh hoạt và mềm dẻo của pháp luật về tín dụng ngân hàng nói chung và pháp luật về bảo đảm tiền vay nói riêng.

*Bảo đảm tiền vay bằng tài sản là việc bên có nghĩa vụ (khách hàng vay vốn) hoặc bên thứ ba (bên bảo lãnh) dùng tài sản thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ được xác lập được thực hiện.* Thực chất, ở loại biện pháp này bên bảo đảm xác nhận cho bên nhận bảo đảm có quyền năng chi phối đối với tài sản thuộc sở hữu của mình. Để quyền đó được vẹn toàn, pháp luật phải tính đến việc dựa vào đâu để xác định quyền sở hữu của người bảo đảm (giấy tờ gốc, bản gốc, bản sao có công chứng..., trường hợp không có giấy tờ chứng nhận quyền sở hữu thì như thế nào?), hay là việc công khai hoá quyền của người nhận bảo đảm đối với tài sản của người bảo đảm (đăng ký giao dịch bảo đảm). Ví dụ, trong trường hợp đối với doanh nghiệp nhà nước giao đất, cho thuê đất có đủ điều kiện thế chấp quyền sử dụng đất tại TCTD để vay vốn theo qui định của pháp luật đất đai nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thì doanh nghiệp vẫn được thế chấp quyền sử dụng đất của mình, nếu có một trong các loại giấy tờ sau:

- Quyết định giao đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền cùng với chứng từ nộp tiền sử dụng đất theo qui định của pháp luật.

- Quyết định cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền cùng với hợp đồng cho thuê đất và chứng từ nộp tiền thuê đất theo qui định của pháp luật [10].

Tài sản bảo đảm có thể là động sản, bất động sản, quyền tài sản. Khi nghĩa vụ bị vi phạm - khách hàng không trả nợ theo thoả thuận trong hợp đồng tín dụng ngân hàng hoặc bên bảo lãnh thực hiện không đúng nghĩa vụ trả nợ thì tài sản dùng để bảo đảm nghĩa vụ trả nợ tại TCTD được xử lý để thu hồi nợ, bảo đảm quyền lợi cho bên có quyền.

Biện pháp bảo đảm tiền vay bằng cầm cố, thế chấp tài sản của khách hàng vay có đối tượng trực tiếp được đem ra bảo đảm cho chính nghĩa vụ của người đó. Trong biện pháp bảo đảm tiền vay bằng cầm cố, thế chấp tài sản của bên thứ ba (bảo lãnh) đối tượng trực tiếp được đưa ra bảo đảm là sự cam kết. Chỉ khi nghĩa vụ bị vi phạm thì người thứ ba cam kết mới sử dụng tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác mà mình đã hứa bảo đảm thay. Vậy trong bảo đảm bằng cầm cố, thế chấp tài sản của khách hàng vay chỉ có hai bên chủ thể mang quyền và nghĩa vụ quan hệ với nhau; nghĩa vụ có được thực hiện, thực hiện đúng hay không chỉ phụ thuộc vào bên có nghĩa vụ. Nếu có người thứ ba xuất hiện làm nhiệm vụ quản lý tài sản thì người này không đóng vai trò quyết định trong thực hiện nghĩa vụ chính. Ngược lại trong biện pháp bảo đảm có cam kết của người thứ ba có ba bên chủ thể và xét cho cùng bên thứ ba (bên bảo lãnh) đóng vai trò quyết định trong việc thực hiện nghĩa vụ chính cũng như thực hiện nghĩa vụ phụ khi nó phát sinh.

## **2. Một số tồn tại cần được giải quyết về bảo đảm tiền vay bằng tài sản và kiến nghị**

*Hợp đồng bảo đảm vô hiệu có ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng tín dụng ngân hàng hay không*

Đối với hình thức của cầm cố, thế chấp, bảo lãnh, BLDS Việt Nam năm 1995 (điều 330, 347, 367), Nghị định 165/1999/NĐ - CP ngày 19/11/1999 về giao dịch bảo đảm (điều 10) và Thông tư 06/2000/TT - NHNN ngày 04/4/2000 hướng dẫn thực hiện Nghị định 178 chỉ quy định hình thức duy nhất là văn bản, cụ thể là: “Hợp đồng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng tài sản phải được lập thành văn bản; có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính”. Hợp đồng chính đối với nghiệp vụ cho vay có bảo đảm bằng tài sản là hợp đồng tín dụng ngân hàng.

Vậy theo qui định trên của pháp luật, TCTD có thể áp dụng cả hai: có thể đưa các điều khoản về bảo đảm tiền vay vào hợp đồng tín dụng ngân hàng (HĐTDNH) hoặc lập thành một hợp đồng riêng. Và theo quan điểm của chúng tôi và nhiều tác giả khác, TCTD có thể hoàn toàn đưa các nội dung chủ yếu của biện pháp thế chấp vào HĐTDNH mà không phải lập thành văn bản riêng [1, tr.14].

Nhưng trong trường hợp cầm cố, thế chấp, bảo lãnh được lập thành văn bản riêng thì hợp đồng bảo đảm là một hợp đồng phụ nên hiệu lực hoàn toàn phụ thuộc vào hợp đồng chính. Hợp đồng bảo đảm vô hiệu không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp giao dịch bảo đảm đó là điều kiện có hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm (khoản 2 điều 16 Nghị định 165). Đây là nguyên tắc chung, thể hiện tính độc lập tương đối giữa giao dịch bảo đảm với nghĩa vụ được bảo đảm và ngược lại. Mặc dù, chúng ta đều biết hợp đồng thế chấp, cầm cố, bảo lãnh bằng tài sản chỉ có ý nghĩa khi chúng tồn tại cùng với nghĩa vụ được bảo đảm (nghĩa vụ trả nợ trong HĐTDNH) và trên thực tế cũng rất khó xác định trong trường hợp nào giao dịch bảo đảm là điều kiện có hiệu lực của nghĩa vụ được bảo đảm để mà qui kết HĐTDNH là vô hiệu. Nghị định 178 thì lại không thấy đề cập đến vấn đề này. Vậy qui định trên có được áp dụng đối với việc bảo đảm tiền vay hay không? Nếu nó được áp dụng cho HĐTDNH, thì hợp đồng bảo đảm vô hiệu sẽ hầu như dẫn đến sự vô hiệu của HĐTDNH, vì đa số các trường hợp để các TCTD cho vay là phải có tài sản bảo đảm. Việc cầm cố, thế chấp, bảo lãnh vô hiệu có dẫn đến HĐTDNH vô hiệu hay không cũng đang là vấn đề thời sự đặt ra hiện nay trong ngành ngân hàng. Sau khi có Nghị định 165 thì các cơ quan pháp luật sẽ dễ dàng nghiêng theo quan điểm cho rằng đa số HĐTDNH cũng sẽ bị vô hiệu khi việc cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bị vô hiệu.

Điều vô lý ở đây là, bên cho vay không có bảo đảm bằng tài sản thì được quyền thu đủ gốc và lãi. Để tăng độ tin cậy và an toàn hơn, họ bắt bên vay phải có các tài sản bảo đảm. nhưng nếu vì một lý do nào đó, các hợp đồng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bị vô hiệu, thì hợp đồng cho vay cũng bị vô hiệu theo. Như vậy, việc cho vay có bảo đảm bằng tài sản lại rơi vào tình thế bất lợi hơn so với việc cho vay không có tài sản bảo đảm.

Phải chăng qui định này xuất phát từ chỗ đánh giá sai lầm về bản chất pháp lý của giao dịch bảo đảm? Dù có gọi là giao dịch bảo đảm theo Nghị định 165 hay là hợp đồng bảo đảm theo Nghị định 178, thì cũng không nên coi đó hoàn toàn như một hợp đồng, vì bản chất pháp lý của nó chỉ là một biện pháp để bảo đảm thực hiện hợp đồng hay các nghĩa vụ khác và chỉ là một trong những điều khoản, những nội dung của hợp đồng dân sự hoặc hợp đồng kinh tế.

Theo quan điểm của chúng tôi, nên xử lý vấn đề này tương tự như điều khoản về trọng tài trong quan hệ thương mại quốc tế: dù hợp đồng có vô hiệu, thì thoả thuận về trọng tài ở trong hoặc ngoài hợp đồng vẫn giữ nguyên giá trị và ngược lại, thoả thuận về trọng tài dù có vô hiệu thì cũng không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của hợp đồng thương mại.

### ***Việc định giá tài sản bảo đảm và giá trị khoản vay***

Việc định giá tài sản bảo đảm khi ký kết hợp đồng bảo hiểm HĐBĐ là một bước rất quan trọng và bắt buộc phải có. Bởi vì dựa trên cơ sở của giá trị tài sản đã được định giá mà TCTD có thể xác định được mức cho vay. Nhưng trên thực tế, vấn đề này không phải là đơn giản; việc định sai giá trị tài sản, đánh giá không còn phổ biến. Pháp luật cho phép các bên thoả thuận trong việc xác định giá trị tài sản bảo đảm tiền vay là để đảm bảo quyền tự do giao kết hợp đồng của các chủ thể (trừ việc xác định giá trị quyền sử dụng đất). Song chính từ sự thoả thuận này mà một số vấn đề nảy sinh. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân. Một phần là do trình độ chuyên môn nghiệp vụ về định giá tài sản của cán bộ ngân hàng còn thấp. Mặt khác cũng cần phải tính đến tư cách đạo đức, lương tâm của cả cán bộ ngân hàng lẫn bên thế chấp, cầm cố, bảo lãnh khi xác định giá trị tài sản bảo đảm. Có trường hợp vì thấp kém về trình độ mà cán bộ ngân hàng bị bên bảo đảm lừa dối, dẫn tới việc định giá tài sản bảo đảm cao hơn nhiều so với giá trị thực tế của tài sản đó. Cũng có trường hợp vì lợi ích cá nhân của một số cán bộ ngân hàng dẫn tới việc nhận hối lộ để rồi có sự thoả thuận về giá trị tài sản bảo đảm không đúng với thực tế. Những hành vi trên đã gây ra những hậu quả nghiêm trọng mà người gánh chịu trước tiên là TCTD cho vay vốn.

Ngoài vấn đề nêu trên, việc xác định giá trị quyền sử dụng đất thế chấp đối với đất được Nhà nước giao, đất ở, đất chuyển nhượng hợp pháp hiện nay cũng còn nhiều điểm vướng mắc. Theo Nghị định 178 thì giá trị quyền sử dụng đất thế chấp được xác định theo giá đất của Ủy ban nhân dân Tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương (UBND) ban hành. Tuy nhiên thực tế cho thấy khung giá đất do UBND ban hành thường thấp hơn, thậm chí có nơi thấp xa so với giá thực tế chuyển nhượng trên thị trường. Điều này khiến cho khả năng vay vốn của khách hàng bị hạn chế đáng kể. do giá trị tài sản bảo đảm của họ bị đánh giá thấp so với giá thị trường. Tuy nhiên, phương án để TCTD và khách hàng tự thoả thuận xác định giá trị quyền sử dụng đất có thể làm nảy sinh một lo ngại rằng qui định như vậy có thể bị lợi dụng làm tăng khống giá trị quyền sử dụng đất thế chấp, bảo lãnh để cho vay vốn lớn dẫn đến gia tăng rủi ro tín dụng. Bên cạnh đó, việc chưa hình thành một thị trường bất động sản có tổ chức trong

bối cảnh giá đất trên thị trường thường xuyên biến động khó lường cũng làm cho việc thoả thuận giá trị quyền sử dụng đất giữa TCTD và khách hàng khó có cơ sở tin cậy. Nhưng theo chúng tôi, phương án xác định giá trị quyền sử dụng đất trên cơ sở thoả thuận giữa TCTD và bên bảo lãnh lại là phương án khả thi, bởi lẽ trong điều kiện hiện nay việc trao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho các TCTD đang được tăng cường và phải chăng trong trường hợp này, nên để các TCTD "dám làm, dám chịu".

Một trong những nhân tố quan trọng đảm bảo an toàn của tín dụng là tỉ lệ giữa giá trị khoản vay và giá trị của tài sản được sử dụng làm vật bảo đảm. Nói chung, tỉ lệ giá trị khoản vay và giá trị của tài sản cầm cố, thế chấp càng lớn, thì khả năng vi phạm các cam kết của người đi vay càng lớn. Pháp luật qui định, giá trị tài sản bảo đảm phải lớn hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm. Nghĩa vụ được bảo đảm là nghĩa vụ trả nợ của khách hàng đối với TCTD (nợ gốc), còn nghĩa vụ trả lãi vay, lãi quá hạn, các khoản phí (nếu có) thuộc phạm vi bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nếu các bên có thoả thuận[4]. Trên thực tế, ngân hàng thường muốn giảm tỷ lệ khoản vay để phòng trường hợp người đi vay mất khả năng trả nợ, ngân hàng có thể phát mại tài sản bảo đảm và thu hồi không chỉ khoản nợ gốc, mà cả gốc lẫn lãi, cũng như các chi phí phát sinh gắn với quá trình phát mại tài sản. Do đó, theo chúng tôi, giá trị khoản vay không nên vượt quá 10 - 15% giá trị của tài sản bảo đảm, mặc dù theo quan điểm của nhiều tác giả giá trị này không nên vượt quá 75 - 90% giá trị của tài sản cầm cố. Lý do là vì, sau khi phát mại tài sản bảo đảm, số tiền còn lại từ việc phát mại sẽ không đủ để trang trải các khoản lãi vay, lãi quá hạn, các khoản phí khác.

#### ***Về hình thức của hợp đồng bảo đảm***

Nghị định 165/1999/NĐ-CP và Thông tư 06/2000/TT-NHNN1 đều quy định rằng hợp đồng cầm cố, thế chấp phải được lập thành văn bản, có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính. Tuy nhiên, vẫn có điểm chưa đồng bộ trong quy định của pháp luật về hình thức của hợp đồng bảo lãnh. Tại Điều 10-Nghị định 165/1999/NĐ-CP quy định: "Hợp đồng thế chấp, cầm cố, bảo lãnh phải được lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính". Nhưng tại Điểm 6, Mục 2, Chương II - Thông tư 06/2000/TT-NHNN1 hướng dẫn thi hành Nghị định 178 lại quy định: "..., đối với hợp đồng bảo lãnh bằng tài sản phải lập thành văn bản riêng". Vậy, nên tuân theo Nghị định 165/1999/NĐ-CP có giá trị pháp lý cao hơn hay Thông tư 06/2000/TT-NHNN1? Thực tế thì các TCTD vẫn áp dụng Thông tư 06 để đỡ bị bất bẻ hơn. Rõ ràng những quy định thiếu đồng bộ này tạo ra sự e ngại của các TCTD khi muốn tình giảm bộ hồ sơ, thủ tục cho vay.

Theo chúng tôi, cần có những quy định đồng bộ về hình thức của hợp đồng bảo lãnh, tránh việc một văn bản quy định hợp đồng bảo lãnh có thể lập thành văn bản riêng hoặc ghi trong hợp đồng chính, còn một văn bản lại quy định hợp đồng bảo lãnh bằng tài sản phải lập thành văn bản riêng. Hơn nữa, cũng nên khuyến khích việc HĐBĐ ghi trong hợp đồng chính, vì nó tạo ra sự gọn nhẹ cho bộ hồ sơ vay vốn, đồng thời việc công chứng HĐBĐ cũng là một đảm bảo chắc chắn cho hợp đồng tín dụng (HĐTD).

Về việc công chứng HĐBĐ, mặc dù Nghị định số 75/2000/NĐ-CP về công chứng, chứng thực đã có khá nhiều quy định tiến bộ so với Nghị định 31/CP ngày 18/5/1996 về tổ chức và hoạt động công chứng Nhà nước, nhưng có điểm chưa cụ thể, rõ ràng. Theo quy định tại Khoản 2, Điều 42 - Nghị định số 75/2000/NĐ-CP thì “hợp đồng dân sự thông dụng và các hợp đồng phổ biến trong lĩnh vực kinh tế, thương mại phải được lập theo mẫu quy định, khi công chứng, chứng thực”. Nhưng kể cả Thông tư 03/ 2001/TP-CC ngày 14/3/2001 của Bộ tư pháp hướng dẫn Nghị định số 75/2000/NĐ-CP vẫn chưa quy định rõ hợp đồng dân sự thông dụng và các hợp đồng phổ biến trong lĩnh vực kinh tế, thương mại nào phải được lập theo mẫu quy định khi công chứng, chứng thực. Vì vậy, ngân hàng và bên đi vay chưa có cơ sở pháp lý rõ ràng để chủ động soạn thảo sẵn hợp đồng thế chấp, cầm cố tài sản để mang đến phòng công chứng, chứng nhận [6, tr.3]. Do đó, vấn đề này pháp luật cần làm rõ hơn nữa.

### ***Về thời hạn có hiệu lực của hợp đồng bảo đảm***

Hợp đồng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng tài sản có hiệu lực kể từ ngày ký. Đối với hợp đồng có đăng ký giao dịch bảo đảm tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký và chỉ có giá trị trong thời hạn 5 năm, kể từ ngày đăng ký, trừ trường hợp các bên yêu cầu xoá đăng ký trước thời hạn hoặc có đăng ký gia hạn. Thời hạn của mỗi lần đăng ký gia hạn cũng chỉ 5 năm (Điều 13 - Nghị định 08/2000/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm).

Tuy nhiên, trên thực tế thì việc quy định thời hạn của giao dịch bảo đảm có đăng ký như trên là chưa thực sự phù hợp với hoạt động của ngân hàng. Bởi vì có một số khách hàng vay không có khả năng thanh toán nợ đến hạn. Nhiều trường hợp mặc dù khách hàng vay vốn tín dụng ngắn hạn đã được ngân hàng cho gia hạn theo quy định của pháp luật, nhưng khi thời hạn gia hạn đã hết, khách hàng vẫn không thu xếp được nguồn vốn để trả nợ ngân hàng. Công việc thu hồi nợ của ngân hàng đang được tiến hành, thì thời hạn hiệu lực của hợp đồng cầm cố, thế chấp, bảo lãnh bằng tài sản lại hết. Khi đó, nếu các bên không yêu cầu đăng ký gia hạn kịp thời thì giao dịch bảo đảm hết giá trị pháp lý và khoản vay có bảo đảm bằng tài sản ban đầu sẽ trở thành khoản vay không có bảo đảm.

Lại có những khoản vay có thể đến hạn trả nợ sau hàng chục năm. Nếu HĐBĐ có hiệu lực trong vòng 5 năm, thì khoản vay chưa đến hạn trả nợ mà thời hạn hiệu lực của HĐBĐ đã hết. Trong trường hợp đó, các bên thoả thuận đăng ký gia hạn giao dịch bảo đảm. Song không phải khách hàng nào cũng sẵn sàng hợp tác với ngân hàng để yêu cầu đăng ký gia hạn, mà có một số khách hàng đã vi phạm các cam kết trong HĐTD và HĐPD. Vì người yêu cầu đăng ký phải nộp lệ phí, kê khai đầy đủ theo mẫu đơn, đúng sự thật, dung thoả thuận của các bên về giao dịch bảo đảm và phải bồi thường thiệt hại nếu đơn không đúng sự thật, không đúng thoả thuận, nên tâm lý chung là không muốn trực tiếp làm đơn yêu cầu đăng ký gia hạn giao dịch bảo đảm [7, tr.25]. Điều này đã gây ra nhiều khó khăn cho hoạt động của ngân hàng.



Theo chúng tôi, thời hạn có hiệu lực pháp lý của HDBD (5 năm) là chưa phù hợp với thực tế (theo như phân tích ở trên). Pháp luật cần quy định hợp lý hơn nữa để bảo vệ quyền lợi của TCTD cho vay vốn. Phải chăng pháp luật nên quy định theo hướng mà một số chuyên gia ngân hàng đưa ra rằng: giao dịch bảo đảm có hiệu lực kể từ ngày đăng ký đến khi nghĩa vụ được bảo đảm chấm dứt theo thoả thuận của các bên phù hợp với quy định của pháp luật, trừ trường hợp các bên có yêu cầu xoá đăng ký trước thời hạn.

### *Về tài sản gắn liền với đất*

Bản chất của bất động sản phải là một khối thống nhất không thể tách rời giữa đất và tài sản gắn liền với đất. Do đó, việc quản lý bất động sản do hai cơ quan khác nhau (Bộ Xây dựng và Tổng cục Địa chính), hoặc việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho nhà chung cư cũng là một trong những nội dung thể hiện sự không phù hợp với khái niệm bất động sản. Việc cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở tại đô thị, gắn nhà với đất là phù hợp với bản chất của bất động sản. Song ở điều kiện thực tế Việt Nam hiện nay thì qui định này chưa thể thực hiện được vì vướng mắc hiện nay như tính pháp lý của nhà, kỹ thuật nhà, vốn đầu tư xây dựng nhà trong khi giá đất cao dẫn đến tiến độ cấp giấy chậm; đặt trong mặt bằng pháp lý hiện nay, qui định này không đồng bộ do tỷ lệ đất ở đô thị chưa được cấp giấy chứng nhận còn cao, trong khi việc đăng ký quyền sở hữu tài sản trên đất pháp luật qui định chưa đầy đủ. Vì vậy, việc thực hiện đăng ký bất động sản đặc biệt trong khu vực hiện nay rất hạn chế.

Cần qui định việc đăng ký tài sản gắn liền với đất không thể tách rời việc đăng ký đất đai và có cơ chế quản lý Nhà nước đối với tài sản gắn liền với đất đáp ứng thực tế, khắc phục tình trạng đất tách rời nhà ở, công trình xây dựng khác, cây lâu năm... và như vậy sẽ giải quyết được các vướng mắc hiện nay (cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nhà chung cư, nhà ở, đất đô thị, thu lệ phí trước bạ nhà riêng đất riêng...) Ví dụ như việc Chính phủ ban hành Nghị định 178 qui định nguyên tắc bắt buộc khi thế chấp tài sản gắn liền với đất thì phải kèm theo quyền sử dụng đất là hợp lý, đòi hỏi các qui định của pháp luật khác cũng cần có sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với qui định trên của Nghị định 178.

### *Về biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay*

Bảo đảm tiền vay bằng tài sản hình thành từ vốn vay là một biện pháp bảo đảm mới ở Việt Nam, thể hiện tính linh hoạt, mềm dẻo của pháp luật về tín dụng ngân hàng nói chung, pháp luật về bảo đảm tiền vay nói riêng. Tuy vậy, trên thực tế việc áp dụng biện pháp này cũng còn nhiều vướng mắc. Mục d, khoản 1, Điều 15 Nghị định 178 qui định: "mức vốn tự có tham gia vào dự án và giá trị tài sản đảm bảo tiền vay bằng các biện pháp cầm cố, thế chấp tối thiểu bằng 50% vốn đầu tư của dự án" (hiện nay là 30%). Thực chất đây là qui định trói buộc ngân hàng. Trong thực tế đã có nhiều dự án có tính khả thi cao - các dự án của Doanh nghiệp Nhà nước cần vay hàng trăm tỉ đồng, hàng trăm triệu USD thì doanh nghiệp lấy đâu ra 30% vốn tự lực (kể cả thế chấp, cầm cố tài

sản). Điều này có nghĩa là, do tỷ lệ vốn tự có và giá trị tài sản bảo đảm tiền vay tối thiểu so với tổng mức đầu tư của dự án không đảm bảo tỷ lệ qui định nên ngân hàng đã không thể cấp tín dụng cho doanh nghiệp được.

Hiện nay phần lớn đối với việc bảo đảm bằng tài sản hình thành từ vốn vay là bảo lãnh bằng "giấy". Hơn nữa khi doanh nghiệp không trả được nợ thì khả năng phát mại là không khả thi. Biện pháp hạ tỷ lệ vốn tự có từ 50% còn 30% cũng chưa giải quyết được khó khăn của doanh nghiệp để được dùng tài sản hình thành từ vốn vay bảo đảm tiền vay.

Ngoài ra, khách hàng vay còn phải có uy tín thì TCTD mới cho vay bằng biện pháp bảo đảm tài sản hình thành từ vốn vay. Vậy uy tín được xác định trên những tiêu chí nào? Theo chúng tôi, cần căn cứ vào hiệu quả và khả năng sử dụng vốn để trả nợ ngân hàng của doanh nghiệp và qua đó đánh giá độ tín nhiệm (uy tín) của khách hàng chứ không phụ thuộc vào thành phần kinh tế: quốc doanh hay ngoài quốc doanh. Trên thực tế, các doanh nghiệp ngoài quốc doanh lại gặp khó khăn hơn so với các doanh nghiệp nhà nước trong việc tiếp cận nguồn vốn ngân hàng.

#### ***Về việc xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ***

Vấn đề xử lý tài sản bảo đảm tiền vay để thu hồi nợ theo qui định của pháp luật hiện nay vẫn còn nhiều phức tạp và thời hạn kéo dài. Mặt khác, điều 4 Nghị định 178, mục 3 Thông tư 06 có qui định: "Sau khi xử lý tài sản bảo đảm tiền vay, nếu khách hàng vay hoặc bên bảo lãnh vẫn chưa thực hiện đúng nghĩa vụ trả nợ thì khách hàng hoặc bên bảo lãnh có trách nhiệm tiếp tục thực hiện đúng nghĩa vụ trả nợ đã cam kết". Trong thực tế, đây là vấn đề mang tính thủ tục và hình thức vì phần lớn, khách hàng vay, đặc biệt là hộ gia đình cá thể, khi vay đã thế chấp toàn bộ tài sản cho TCTD. Do đó, khi phát sinh rủi ro, khách hàng không trả nợ đúng hạn từ nguồn sản xuất kinh doanh, dẫn đến các TCTD phải phát mại tài sản thì hộ vay không còn điều kiện sản xuất kinh doanh để tiếp tục hoàn trả nợ vay còn lại. Vì vậy, với qui định pháp lý như trên sẽ làm cho cân đối của các TCTD có một khoản nợ khó đòi "treo" không có khả năng thu hồi.

### **TÀI LIỆU THAM KHẢO**

1. Mai Anh, Trao đổi về hợp đồng bảo đảm tiền vay, *Tạp chí Ngân hàng* số 8(2000), tr. 14.
2. *Bộ Luật dân sự Việt Nam* năm 1995.
3. *Nghị định 165/1999/NĐ-CP* ngày 19/11/1999 về giao dịch bảo đảm.
4. *Nghị định 178 1999/NĐ-CP* ngày 29/12/1999 của Chính phủ về bảo đảm tiền vay của các TCTD.
5. Phạm Hữu Phương, Về vai trò của ngân hàng nhà nước trước các vấn đề liên quan đến bảo đảm tiền vay, *Tạp chí Ngân hàng* số 20 tháng 10/1998.

6. Nguyễn Văn Phương, Vài khía cạnh về công chứng hợp đồng thế chấp, cầm cố, *Thời báo Ngân hàng*, số **32**(2001), trang 3.
7. Nguyễn Văn Phương, Thời hạn có hiệu lực của giao dịch bảo đảm đã hợp lý chưa?, *Tạp chí Dân chủ và pháp luật* số **1**(2001), tr. 25.
8. Vinh Phúc, Một số vấn đề chung quanh Nghị định bảo đảm tiền vay, *Tạp chí Thị trường Tài chính-Tiền tệ* số **5**(2000), trang 13.
9. *Thông tư 06 /2000/TT - NHNN* ngày 04/4/2000 hướng dẫn thực hiện Nghị định 178.
10. *Thông tư số 12/2000/TTLT/NHNN-BTP-BTC-TCĐC* ngày 22 tháng 11 năm 2000 hướng dẫn thực hiện một số giải pháp về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng theo qui định tại Nghị quyết số 11/2000/NQ-CP ngày 31/7/2000.

VNU JOURNAL OF SCIENCE. ECONOMICS – LAW, T. XVIII, N<sup>o</sup>3, 2002

## GUARANTING LOAN BY PROPERTY OF CREDITOR'S ORGANIZATION

**Dr. Le Thi Thu Thuy**

*Faculty of Law, Vietnam National University, Hanoi*

Loan guarantee is now an attention – paying subject of economists, businessmen and lawyers as well (it can be said comparatively sufficient otherwise), but its implementation is still difficult due to the lack of synchronicity and utility. On the contrary, the notions of loan guarantee in general and of loan guarantee by property in particular are not suitable to international routines, which result in the situation that the lenders can either and get his money back in time or adequate. The author gave her concept of loan guarantee showed out current difficulties and proposed measures of fulfillment and solution.