

Bài giảng
PHÁP LUẬT TRONG HOẠT ĐỘNG NGÂN HÀNG

1. GIỚI THIỆU CHUNG VỀ PHÁP LUẬT DÂN SỰ

1.1. Giới thiệu chung về chủ thể của pháp luật dân sự

1.1.1. Cá nhân

Đây là chủ thể chủ yếu tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự và tham gia thường xuyên bao gồm: công dân Việt Nam, người nước ngoài, người không có quốc tịch sống ở Việt Nam được quy định tại BLDS. Để có tư cách chủ thể thì cá nhân phải có các điều kiện đầy đủ năng lực pháp luật dân sự:

“1. Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân có quyền dân sự và nghĩa vụ dân sự.

2. Mọi cá nhân đều có năng lực pháp luật dân sự như nhau.

3. Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân có từ khi người đó sinh ra và chấm dứt khi người đó chết”

Năng lực hành vi dân sự: (Điều 17) *“Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự.”* Năng lực hành vi dân sự của cá nhân chỉ có được khi đạt độ tuổi nhất định:

– Năng lực hành vi dân sự đầy đủ: Theo quy định tại Điều 19 người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ khi đủ 18 tuổi trở lên nhưng không bị mắc bệnh tâm thần, bệnh khác (Điều 22) hoặc người nghiện ma túy, nghiện các chất kích thích khác (Điều 23).

– Năng lực hành vi một phần: Điều 20 quy định Năng lực hành vi dân sự của người chưa thành niên từ đủ sáu tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý, trừ giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi hoặc pháp luật có quy định khác, trường hợp có tài sản riêng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thì có thể tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự mà không cần phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

- Không có năng lực hành vi dân sự : là người chưa đủ 6 tuổi theo quy định Điều 21.

– Mất năng lực hành vi dân sự và hạn chế năng lực hành vi dân sự theo quy định Điều 22 và Điều 23 BLDS.

Theo đó, khi một người do bị bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh khác mà không thể nhận thức, làm chủ được hành vi thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án ra quyết định tuyên bố người này là người mất năng lực hành vi dân sự trên cơ sở kết luận giám định pháp y tâm thần.

Khi không còn căn cứ tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự thì theo yêu cầu của chính người đó hoặc của người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự. Giao dịch dân sự của người mất năng lực hành vi dân sự phải do người đại diện theo pháp luật xác lập, thực hiện.

Người thành niên do tình trạng thể chất hoặc tinh thần mà không đủ khả năng nhận thức, làm chủ hành vi nhưng chưa đến mức mất năng lực hành vi dân sự thì theo yêu cầu của người này, người có quyền, lợi ích liên quan hoặc của cơ quan, tổ chức hữu quan, trên cơ sở kết luận giám định pháp y tâm thần, Tòa án ra quyết định tuyên bố người này là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi và chỉ định người giám hộ, xác định quyền, nghĩa vụ của người giám hộ.

1.1.2. Pháp nhân

Pháp nhân cũng là một chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự. Một tổ chức được công nhận là pháp nhân khi có đủ các điều kiện sau đây:

- Được thành lập theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan: Tổ chức này được cơ quan nhà nước có thẩm quyền thành lập hoặc cho phép thành lập. Vì thế tổ chức sẽ được công nhận là có tư cách pháp nhân kể từ thời điểm được cấp giấy chứng nhận thành lập doanh nghiệp và phải đạt được một số điều kiện theo quy định của BLDS.

- Có cơ cấu tổ chức theo quy định tại Điều 83 của BLDS là: Pháp nhân sẽ phải có cơ quan điều hành. Tổ chức, nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan điều hành của pháp nhân được quy định trong điều lệ của pháp nhân hoặc trong quyết định thành lập pháp nhân; hoặc pháp nhân có cơ quan khác theo quyết định của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật.

- Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình: Tổ chức muốn có tư cách pháp nhân bắt buộc phải có tài sản độc lập. Có tài sản độc lập thì mới có thể tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình đối với các giao dịch, quyền và nghĩa vụ mà tổ chức xác lập.

Trường hợp tổ chức không có tư cách pháp nhân dù được thành lập hợp pháp là doanh nghiệp tư nhân. Vì tài sản của doanh nghiệp tư nhân không tách biệt với tài sản cá nhân – chủ doanh nghiệp tư nhân đó vì thế mà không có tư cách pháp nhân. Trong khi công ty TNHH, công ty cổ phần đều có phần tài sản độc lập để chịu trách nhiệm trước pháp luật nên vì thế mà có tư cách pháp nhân.

- Nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập: Tổ chức có thể nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập là một trong những điều kiện quan trọng để có tư cách pháp nhân. Pháp nhân có quyền nhân danh mình tham gia vào các quan hệ pháp luật thông qua người đại diện theo pháp luật.

Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân là khả năng của pháp nhân có các quyền, nghĩa vụ dân sự. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân không bị hạn chế, trừ trường hợp BLDS, luật khác có liên quan quy định khác.

Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân phát sinh từ thời điểm được cơ quan nhà nước có thẩm quyền thành lập hoặc cho phép thành lập; nếu pháp nhân phải đăng ký hoạt động thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân phát sinh từ thời điểm ghi vào sổ đăng ký. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân chấm dứt kể từ thời điểm chấm dứt pháp nhân (Điều 86 BLDS).

1.1.3. Hộ gia đình và tổ chức khác không có tư cách pháp nhân

Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Khi có sự thay đổi người đại diện thì phải thông báo cho bên tham gia quan hệ dân sự biết.

Trường hợp thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự không được các thành viên khác ủy quyền

làm người đại diện thì thành viên đó là chủ thể của quan hệ dân sự do mình xác lập, thực hiện.

Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật đất đai.

Lưu ý rằng, nghĩa vụ dân sự phát sinh từ việc tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân được bảo đảm thực hiện bằng tài sản chung của các thành viên. Trường hợp các thành viên không có hoặc không đủ tài sản chung để thực hiện nghĩa vụ chung thì người có quyền có thể yêu cầu các thành viên thực hiện nghĩa vụ theo quy định tại Điều 288 của BLDS. Trường hợp các bên không có thỏa thuận, hợp đồng hợp tác hoặc luật không có quy định khác thì các thành viên chịu trách nhiệm dân sự theo phần tương ứng với phần đóng góp tài sản của mình, nếu không xác định được theo phần tương ứng thì xác định theo phần bằng nhau.

Trường hợp thành viên không có quyền đại diện mà xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhân danh các thành viên khác của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện thì hậu quả pháp lý của giao dịch được áp dụng theo quy định tại các Điều 130, 142 và 143 của BLDS. Giao dịch dân sự do bên không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện xác lập, thực hiện mà gây thiệt hại cho thành viên khác của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người thứ ba thì phải bồi thường cho người bị thiệt hại.

1.2. Giới thiệu chung về hợp đồng

1.2.1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng

Điều 385 BLDS đưa ra khái niệm về hợp đồng như sau: “*Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự*”. Khái niệm này đã giải quyết triệt để mâu thuẫn còn tồn tại giữa quan điểm xây dựng và quy định cụ thể của BLDS năm 2005 về khái niệm hợp đồng.

Thông qua định nghĩa về hợp đồng, chúng ta có thể thấy những đặc điểm cơ bản của hợp đồng bao gồm:

Thứ nhất, về chủ thể của hợp đồng

Chủ thể của hợp đồng là các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng trên cơ sở giao kết hợp đồng làm phát sinh quyền và nghĩa vụ pháp lý của các bên. Về mặt nguyên tắc, quan hệ hợp đồng được hình thành dựa trên ý chí của 02 bên chủ thể. BLDS năm 2015 chia chủ thể của hợp đồng ra thành 02 loại, bao gồm cá nhân và pháp nhân. Tuy nhiên, để trở thành chủ thể của hợp đồng, các chủ thể này thỏa mãn các điều kiện sau đây:

Một là, đối với cá nhân:

Theo quy định, điều kiện cơ bản để cá nhân trở thành chủ thể của hợp đồng là phải có năng lực chủ thể pháp luật. Căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức và điều khiển hành vi, pháp luật quy định về điều kiện trở thành chủ thể của hợp đồng đối với cá nhân như sau:

+ *Đối với người chưa đủ 6 tuổi:* Một điểm mới của BLDS 2015 so với 2005 là xếp cá nhân chưa đủ 6 tuổi vào nhóm người chưa thành niên, thay vì quy định nhóm cá nhân này không có năng lực hành vi dân sự. Theo đó, cá nhân chưa đủ 6 tuổi được thừa nhận là chủ thể của hợp đồng. Tuy nhiên, do chưa có năng lực hành vi dân sự đầy đủ nên việc xác lập và thực hiện hợp đồng được thực hiện thông qua vai trò của người đại diện theo pháp luật. Hay có thể nói cá nhân chưa đủ 6 tuổi không thể tự mình bày tỏ ý chí thông qua việc xác lập và thực hiện các hợp đồng, từ các hợp đồng phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày tới các loại hợp đồng khác mà phụ thuộc hoàn toàn vào hành vi và ý chí của người đại diện theo pháp luật.

+ *Đối với người từ đủ 6 tuổi đến chưa đủ 15 tuổi:* Mặc dù cùng được xác định là người chưa thành niên nhưng nhóm cá nhân này bắt đầu được pháp luật thừa nhận khả năng tự mình xác lập và thực hiện các hợp đồng một cách hạn chế. Theo đó, đối với các hợp đồng phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi, họ có thể tự mình xác lập và thực hiện với tư cách là chủ thể của hợp đồng mà không cần được sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật. Tuy nhiên, đối với các loại hợp đồng còn lại, khả năng trở thành chủ thể của hợp đồng của họ bị phụ thuộc vào ý chí của người đại diện theo pháp luật.

+ *Đối với người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi:* Đây là chủ thể được pháp luật thừa nhận khả năng tham gia vào các quan hệ hợp đồng với tư cách là một chủ thể rộng nhất trong nhóm người chưa thành niên. Theo đó, trừ các hợp đồng liên quan đến

bất động sản, động sản phải đăng ký và hợp đồng khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý, người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi được tự mình xác lập, thực hiện với tư cách là chủ thể của hợp đồng.

+ *Đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên*: Người từ đủ 18 tuổi trở lên được xác định là người trưởng thành và có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp bị mất năng lực hành vi, bị hạn chế năng lực hành vi hoặc là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi¹. Đối với nhóm đối tượng này, họ có thể tham gia vào tất cả các hợp đồng, trừ trường hợp pháp luật quy định về những điều kiện đặc biệt về chủ thể.

Hai là, đối với pháp nhân

Pháp nhân là chủ thể đặc biệt của quan hệ pháp luật về hợp đồng. BLDS 2015 phân chia pháp nhân 02 loại căn cứ vào mục tiêu hoạt động, bao gồm pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại². Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên, bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác. Còn pháp nhân phi thương mại là pháp nhân không có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận; nếu có lợi nhuận thì cũng không được phân chia cho các thành viên, bao gồm cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, quỹ xã hội, quỹ từ thiện, doanh nghiệp xã hội và các tổ chức phi thương mại khác. Tùy thuộc vào mục tiêu hoạt động, mỗi loại pháp nhân tham gia vào những loại hợp đồng khác nhau.

Theo quy định, pháp nhân tham gia vào quan hệ hợp đồng thông qua vai trò của người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền của pháp nhân. Việc xác định tư cách của người đại diện được thực hiện theo Điều lệ hoặc quyết định thành lập của pháp nhân đối với người đại diện theo pháp luật hoặc văn bản ủy quyền đối với người đại diện theo ủy quyền.

Bên cạnh các chủ thể là cá nhân và pháp nhân, chủ thể pháp luật còn bao gồm hộ kinh doanh, hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân (như DNTN,...). Các chủ thể này được thừa nhận là chủ thể của hợp đồng theo BLDS năm 2005. Tuy nhiên, kể từ thời điểm BLDS năm 2015 ra đời, chủ thể của hợp đồng chỉ

¹ Xem: Điều 22, 23, 24 BLDS 2015

² Xem: Điều 74, 75, 76 BLDS 2015

bao gồm cá nhân và pháp nhân. Các chủ thể khác tham gia quan hệ hợp đồng thông qua vai trò của người đại diện, bao gồm chủ hộ kinh doanh, các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân (như chủ DNTN).

Thứ hai, về mục đích của hợp đồng

Nếu như trước đây, mục đích của hợp đồng được coi là một tiêu chí quan trọng để phân biệt giữa hợp đồng kinh tế và hợp đồng dân sự. Theo đó, hợp đồng được ký kết giữa các chủ thể nhằm mục đích kinh doanh, tìm kiếm lợi nhuận thì đó được coi là hợp đồng kinh tế, còn những hợp đồng được ký kết giữa các chủ thể nhằm mục đích phục vụ nhu cầu sinh hoạt, tiêu dùng của các bên thì đó là hợp đồng dân sự, thì hiện nay, vấn đề xác định mục đích kinh doanh hay tiêu dùng không còn là một vấn đề quan trọng nữa khi pháp luật về hợp đồng đã được nhất thể hoá.

Mặc dù, trong chế định về hợp đồng không một điều khoản nào quy định về mục đích của hợp đồng nhưng chúng ta hoàn toàn xác định được mục đích của hợp đồng dựa trên mục đích của giao dịch dân sự, *đó là những lợi ích hợp pháp mà các bên mong muốn đạt được nhằm thỏa mãn nhu cầu của mình khi xác lập quan hệ hợp đồng*. Hay có thể nói, mục đích của hợp đồng chính là động lực thúc đẩy, đồng thời là kết quả mà các bên mong muốn đạt được khi giao kết và thực hiện hợp đồng, bao gồm các lợi ích về mặt vật chất hoặc lợi ích về mặt tinh thần.

Về mặt nguyên tắc, mục đích mà các bên hướng đến phải hợp pháp, tức là không trái với các quy định của pháp luật và đạo đức xã hội. Trong trường hợp mục đích của hợp đồng vi phạm nguyên tắc này, hợp đồng có thể bị tuyên vô hiệu theo quyết định của Tòa án. Chính vì vậy, việc xác định mục đích của hợp đồng có ý nghĩa rất quan trọng, cần được các bên quan tâm trong quá trình giao kết hợp đồng.

Thứ ba, về nội dung của hợp đồng

Nội dung của một quan hệ pháp luật nói chung được hiểu là tổng thể các quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia vào mối quan hệ đó. Bản chất của hợp đồng cũng là một quan hệ pháp luật nên, nội dung của hợp đồng cũng chính là các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Hay có thể nói *Nội dung của hợp đồng được hiểu là tất cả các điều khoản mà các bên đã thoả thuận khi tham gia vào quan hệ hợp đồng*.

Như vậy, có thể khẳng định rằng, nội dung của hợp đồng có ý nghĩa rất quan trọng bởi đây là kết quả của quá trình đàm phán giữa các bên, là biểu hiện của sự ưng thuận và thống nhất ý chí của các bên trong quan hệ hợp đồng. Nội dung của hợp đồng phản ánh quyền và nghĩa vụ của các bên đồng thời đây cũng là căn cứ để giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng.

Nhằm mở rộng quyền tự do giao kết hợp đồng của các bên, BLDS 2015 không đưa ra những quy định bắt buộc về nội dung chủ yếu của hợp đồng. Hay nói cách khác BLDS đã không quy định loại điều khoản chủ yếu để rồi coi đó là loại điều khoản không thể thiếu trong một hợp đồng mà chỉ đưa ra những nội dung mang tính hướng dẫn, khuyến nghị đối với các bên khi giao kết hợp đồng. Với cách tiếp cận đó của pháp luật, các bên không phải gò mình vào những điều khoản chủ yếu theo quy định của pháp luật và tất nhiên trong trường hợp các bên có thỏa thuận thiếu một vài điều khoản thì đó cũng không phải là lý do để tuyên hợp đồng đó là vô hiệu. Rõ ràng nguyên tắc tự nguyện, tự do giao kết hợp đồng luôn được tôn trọng và về cơ bản, hợp đồng coi như được giao kết khi các bên thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và nhất trí được những nội dung mà các bên cùng quan tâm, không phụ thuộc vào việc hợp đồng đó có đầy đủ các nội dung theo quy định hay không.

Theo quy định tại Điều 398 BLDS, *các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận về nội dung trong hợp đồng, với những điều khoản như:*

- a) *Đối tượng của hợp đồng;*
- b) *Số lượng, chất lượng;*
- c) *Giá, phương thức thanh toán;*
- d) *Thời hạn, địa điểm, phương thức thực hiện hợp đồng;*
- đ) *Quyền, nghĩa vụ của các bên;*
- e) *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng;*
- g) *Phương thức giải quyết tranh chấp.*

Thứ tư, về hình thức của hợp đồng

Theo quy định của BLDS thì hợp đồng có thể được giao kết bằng văn bản, bằng lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể. Về nguyên tắc, trừ trường hợp pháp luật có quy định

riêng, các hình thức này có giá trị pháp lý như nhau nên các bên trong quan hệ hợp đồng có thể lựa chọn hình thức phù hợp nhất với tính chất của hợp đồng, cũng như các trường hợp cụ thể. Thông thường, những hợp đồng có tính chất đơn giản, giá trị không lớn, thời gian từ lúc giao kết tới khi thực hiện xong hợp đồng nhanh chóng các bên nên lựa chọn hình thức lời nói (miệng). Đối với những hợp đồng có tính chất phức tạp, giá trị hợp đồng lớn, thời gian từ lúc giao kết tới khi thực hiện xong hợp đồng kéo dài, được chia thành nhiều giai đoạn khác nhau các bên nên lựa chọn hình thức bằng văn bản.

Như vậy, hình thức của hợp đồng theo quy định của pháp luật hiện hành đã được mềm hóa, tạo điều kiện để các chủ thể có thể lựa chọn hình thức của hợp đồng sao cho phù hợp. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, việc lựa chọn hình thức giao kết hợp đồng chỉ được thực hiện trong trường hợp pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định. Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo quy định đó. Ví dụ những hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng mua bán hàng hóa giữa các doanh nghiệp, hợp đồng cho vay giữa ngân hàng với khách hàng,... phải được thể hiện bằng văn bản. Việc vi phạm nguyên tắc này sẽ làm ảnh hưởng tới tính hiệu lực của hợp đồng, từ đó ảnh hưởng trực tiếp tới quyền và nghĩa vụ của các bên.

1.2.2. Hợp đồng vô hiệu và hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu

1.2.2.1. Khái niệm hợp đồng vô hiệu

Khi tham gia vào quan hệ hợp đồng, các bên cùng nhau thoả thuận nhằm xác lập nên quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ đó. Về mặt nguyên tắc, việc thiết lập và thực hiện hợp đồng là quyền của các bên. Tuy nhiên, trong suốt quá trình đó các bên phải tuân theo những quy định của pháp luật. Trong thực tiễn có không ít những hợp đồng được ký kết nhưng không có hiệu lực pháp lý vì chúng được ký kết trái những quy định của pháp luật.

Vì vậy, *chúng ta có thể hiểu hợp đồng vô hiệu là hợp đồng được ký kết trái với những quy định của pháp luật và không có giá trị về mặt pháp lý.*

Từ cách tiếp cận đó, chúng ta chỉ ra nguyên tắc xác định hợp đồng vô hiệu bằng cách đưa ra những điều kiện có hiệu lực của một hợp đồng và tất nhiên rằng khi một hợp đồng không thoả mãn được một trong các điều kiện đó thì sẽ bị coi là vô hiệu. BLDS xác định hợp đồng là một loại của giao dịch dân sự. Do vậy, các quy định về điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự cũng như các loại giao dịch dân sự vô hiệu sẽ được áp dụng với hợp đồng.

Theo quy định của Điều 117 BLDS 2015 thì bất kỳ một giao dịch dân sự nào được coi là có hiệu lực thì cũng phải đáp ứng đủ các điều kiện sau đây:

- *Chủ thể có năng lực pháp luật dân sự, năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập;*
- *Chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện;*
- *Mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội.*
- *Hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định.*

Như vậy, pháp luật hiện hành chỉ xác định ba điều kiện về nội dung để một giao dịch dân sự có hiệu lực, còn hình thức của hợp đồng chỉ trở thành điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong trường hợp pháp luật có quy định. Đây là quy định kế thừa từ BLDS 2005 và cũng là điểm khác biệt so với BLDS năm 1995. Bởi lẽ, BLDS năm 1995 quy định một giao dịch dân sự có hiệu lực khi đáp ứng đủ bốn điều kiện đó là: *Người tham gia giao dịch có năng lực hành vi dân sự; Mục đích và nội dung của hợp đồng không trái pháp luật và đạo đức xã hội; Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện; hình thức giao dịch phù hợp với quy định của pháp luật.*

Từ cách tiếp cận đó thì đối với hợp đồng cũng vậy. Hợp đồng chỉ được coi là có hiệu lực khi có đủ các điều kiện đã được quy định ở trên. Nếu hợp đồng được giao kết mà thiếu đi một trong các điều kiện có hiệu lực nêu trên thì hợp đồng đó cũng sẽ bị coi là vô hiệu³.

1.2.2.2. Phân loại hợp đồng vô hiệu

³ Xem: Điều 122, Điều 117 BLDS 2015

Thứ nhất, hợp đồng vô hiệu do người tham gia không có năng lực hành vi dân sự

Như đã phân tích ở trên, một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng là người tham gia hợp đồng phải có năng lực hành vi dân sự, đó phải là người có khả năng nhận thức và kiểm soát được hành vi của mình và phải tự chịu trách nhiệm về hành vi của mình. Như vậy, người tham gia hợp đồng không có năng lực hành vi dân sự sẽ không thể có đủ điều kiện để tự do ý chí, không thể nhận thức về hành vi và hậu quả của hành vi của mình khi tham gia vào quan hệ hợp đồng. Do vậy, việc giao kết hợp đồng của họ phải được xác lập, thực hiện dưới sự kiểm soát của người đại diện. Khi hợp đồng do người bị mất năng lực hành vi dân sự hoặc người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc người không có năng lực hành vi dân sự, người khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi⁴ xác lập, thực hiện, thì theo yêu cầu của người đại diện của người đó, Tòa án tuyên bố hợp đồng đó vô hiệu, nếu theo quy định của pháp luật giao dịch này phải do người đại diện của họ xác lập, thực hiện. Thời hiệu để người đại diện theo pháp luật của người tham gia giao kết hợp đồng trong trường hợp này là hai năm, kể từ ngày người đại diện của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự biết hoặc phải biết người được đại diện tự mình xác lập, thực hiện giao dịch.

Lưu ý: Giao dịch do những người này sẽ không vô hiệu trong các trường hợp sau :

- Giao dịch dân sự của người chưa đủ sáu tuổi, người mất năng lực hành vi dân sự nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu hàng ngày của người đó;
- Giao dịch dân sự chỉ làm phát sinh quyền hoặc chỉ miễn trừ nghĩa vụ cho người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự với người đã xác lập, thực hiện giao dịch với họ;

⁴ Xem: Điều 21, 22, 23, 24 BLDS 2015

- Giao dịch dân sự được người xác lập giao dịch thừa nhận hiệu lực sau khi đã thành niên hoặc sau khi khôi phục năng lực hành vi dân sự⁵.

Thứ hai, hợp đồng vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội.

Hợp đồng nói riêng và giao dịch dân sự nói chung được các bên cùng nhau thiết lập theo nguyên tắc tự do, tự nguyện bình đẳng và tự chịu trách nhiệm. Tuy nhiên, sự tự do, tự nguyện đó không được xâm phạm đến những quy định của pháp luật. Điều đó có nghĩa là, không thể có sự tự do một cách vô chính phủ, vô nguyên tắc. Do vậy, một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật là các bên không được xâm phạm điều cấm của pháp luật khi xác lập và thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Quy định này vừa tạo điều kiện cho các chủ thể có thể tăng khả năng tự quyết trong quá trình thiết lập các hợp đồng, vừa chuyển tải được quan điểm của Đảng và Nhà nước ta trong việc điều chỉnh các quan hệ pháp luật đó là *“công dân được làm những gì mà pháp luật không cấm”*. Đồng thời các bên phải bảo đảm gìn giữ bản sắc dân tộc, tôn trọng và phát huy phong tục, tập quán, truyền thống tốt đẹp, tinh thần đoàn kết, tương thân tương ái, mỗi người vì cộng đồng, cộng đồng vì mỗi người và các giá trị đạo đức cao đẹp của các dân tộc cùng sinh sống. Do vậy, khi những giao dịch dân sự có nội dung vi phạm điều cấm của pháp luật, trái với đạo đức xã hội thì giao dịch dân sự đó sẽ bị coi là vô hiệu mà không phụ thuộc vào ý chí của các bên tham gia giao dịch. Điều cấm của pháp luật là những quy định của pháp luật không cho phép chủ thể thực hiện những hành vi nhất định. Đạo đức xã hội được hiểu là những chuẩn mực ứng xử chung giữa người với người trong đời sống xã hội, được cộng đồng thừa nhận và tôn trọng⁶.

Như vậy, hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội sẽ bị coi là vô hiệu toàn bộ. Trong trường hợp này, các bên trong quan hệ hợp đồng hoặc những người có quyền và nghĩa vụ liên quan có quyền yêu cầu Toà án tuyên bố hợp đồng vô hiệu bất cứ khi nào, hay nói cách khác khi các bên thiết lập hợp đồng mà vi phạm điều cấm của pháp luật hoặc vi phạm đạo đức xã hội thì có thể yêu cầu Toà án tuyên bố vô hiệu mà không phụ thuộc vào thời điểm yêu cầu, thời điểm ký kết⁷. Rõ

⁵ Xem: Khoản 2 Điều 125 BLDS 2015

⁶ Xem: Điều 123 BLDS 2015

⁷ Xem: Khoản 3 Điều 132 BLDS 2015

ràng, đây là động thái thể hiện thái độ kiên quyết của Nhà nước đối với những hợp đồng mà các bên thiết lập trái với đạo đức xã hội hoặc vi phạm điều cấm của pháp luật.

Thứ ba, hợp đồng vô hiệu do không có sự tự nguyện của chủ thể tham gia giao kết hợp đồng

Trong các quan hệ dân sự thì nguyên tắc tự do, tự nguyện trong việc thỏa thuận luôn được coi là một nguyên tắc cơ bản. Để thực hiện một cách triệt để nguyên tắc đó thì khi thiết lập quan hệ hợp đồng các bên phải hoàn toàn tự nguyện, không bên nào được áp đặt, cấm đoán, cưỡng ép, đe dọa, ngăn cản bên nào hoặc không chịu sự áp đặt, chi phối, can thiệp của bất kỳ một cơ quan Nhà nước hay bất kỳ một tổ chức nào. Khi các bên xác lập hợp đồng mà vi phạm nguyên tắc tự do, tự nguyện trong thỏa thuận thì hợp đồng đó là vô hiệu. Cụ thể là, khi các bên xác lập hợp đồng một cách giả tạo nhằm che giấu một giao dịch khác, thì hợp đồng giả tạo vô hiệu, còn giao dịch bị che giấu vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp hợp đồng đó cũng vô hiệu. Nếu hợp đồng được xác lập giả tạo nhằm trốn tránh nghĩa vụ với người thứ ba nghĩa là không nhằm mục đích làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của các bên thì hợp đồng đó cũng bị coi là vô hiệu (Ví dụ: Hai bên tặng cho nhau nhà ở để trốn tránh nghĩa vụ nộp thuế cho nhà nước).

Trường hợp giao dịch dân sự được xác lập có sự nhầm lẫn làm cho một bên hoặc các bên không đạt được mục đích của việc xác lập giao dịch thì bên bị nhầm lẫn có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu. Tuy nhiên nếu giao dịch dân sự được xác lập có sự nhầm lẫn sẽ không vô hiệu trong trường hợp mục đích xác lập giao dịch dân sự của các bên đã đạt được hoặc các bên có thể khắc phục ngay được sự nhầm lẫn làm cho mục đích của việc xác lập giao dịch dân sự vẫn đạt được.

Khi một bên tham gia giao dịch dân sự do bị lừa dối hoặc bị đe dọa, cưỡng ép thì có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự đó là vô hiệu. Lừa dối trong giao dịch dân sự là hành vi cố ý của một bên hoặc của người thứ ba nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch dân sự nên đã xác lập giao dịch đó. Đe dọa, cưỡng ép trong giao dịch dân sự là hành vi cố ý của một bên hoặc người thứ ba làm cho bên kia buộc phải thực hiện giao dịch dân sự nhằm tránh thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, danh dự, uy tín, nhân phẩm, tài sản của mình hoặc của người thân thích của mình.

Khi một bên tham gia hợp đồng có sự nhầm lẫn hoặc do bị lừa dối hay bị đe dọa, thì thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng đó vô hiệu là hai năm kể từ ngày: Người bị nhầm lẫn, bị lừa dối biết hoặc phải biết giao dịch được xác lập do bị nhầm lẫn, do bị lừa dối đối với hợp đồng vô hiệu do nhầm lẫn hoặc lừa dối; Người có hành vi đe dọa, cưỡng ép chấm dứt hành vi đe dọa, cưỡng ép đối với hợp đồng vô hiệu do đe dọa, cưỡng ép. Riêng đối với giao dịch do giả tạo, thì thời hiệu yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng dân sự vô hiệu không bị hạn chế. Do đó, các bên tham gia hợp đồng, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan có thể yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu bất cứ lúc nào⁸.

Thứ tư, hợp đồng vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức của hợp đồng

Hình thức của hợp đồng có thể hiểu là cách thức thể hiện sự thoả thuận của các bên trong quan hệ hợp đồng. Theo quy định của BLDS thì hình thức của hợp đồng có thể được thể hiện dưới dạng văn bản; bằng lời nói hoặc bằng hành vi cụ thể.

Xin nhắc lại là, theo quy định của pháp luật hiện hành, hình thức của hợp đồng chỉ là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng trong trường hợp pháp luật có quy định. Điều đó có nghĩa là, trong trường hợp pháp luật quy định một hợp đồng cụ thể phải được thể hiện dưới một hình thức nhất định thì hợp đồng đó phải được thể hiện dưới hình thức đó. Đây cũng được xem là điều kiện có hiệu lực hợp đồng. Giao dịch dân sự vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức thì vô hiệu, trừ trường hợp sau đây: (i) *Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó;* (2) *Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực*⁹.

⁸ Xem: Điều 124, 126, 127, 132 BLDS 2015

⁹ Xem: Điều 129 BLDS 2015

Thứ năm, hợp đồng vô hiệu do có đối tượng không thể thực hiện được

BLDS hiện hành, ngoài việc xác định các hợp đồng bị vô hiệu do không thoả mãn các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng¹⁰ thì tại Điều 408 còn xác định trong trường hợp ngay từ khi ký kết, hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được thì hợp đồng đó cũng sẽ được coi là vô hiệu. BLDS cũng xác định, trong trường hợp khi giao kết hợp đồng mà một bên biết hoặc phải biết về việc hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được nhưng không thông báo cho bên kia biết nên bên kia đã giao kết hợp đồng thì phải bồi thường thiệt hại cho bên kia. Tất nhiên rằng bên bị thiệt hại sẽ phải chứng minh những khoản thiệt hại mà mình phải gánh chịu từ việc ký kết hợp đồng đó. Cũng xin lưu ý rằng, không bên nào phải bồi thường nếu cả hai bên biết hoặc phải biết hợp đồng có đối tượng không thể thực hiện được.

Khi nghiên cứu về hợp đồng vô hiệu, chúng ta cũng có thể tiếp cận bằng cách xem xét đến mức độ vi phạm của việc ký kết hợp đồng đó. Với cách tiếp cận này thì trên thực tế, cũng có thể chia hợp đồng vô hiệu thành hai loại: Hợp đồng vô hiệu toàn bộ và hợp đồng vô hiệu từng phần. Hợp đồng vô hiệu toàn bộ là hợp đồng không phát sinh hiệu lực kể từ thời điểm các bên giao kết. Hợp đồng vô hiệu từng phần là hợp đồng khi một phần nội dung của hợp đồng đó vô hiệu, nhưng không ảnh hưởng đến hiệu lực của các phần còn lại trong hợp đồng. Chỉ có Tòa án mới có quyền tuyên bố một hợp đồng là vô hiệu toàn bộ hay vô hiệu từng phần.

1.2.2.3. Hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu

Xét trên phương diện lý luận, một hợp đồng vô hiệu là hợp đồng được các bên thiết lập trái với những quy định của pháp luật và cần phải có quy chế xử lý đối với những hợp đồng này. Tất nhiên, đây là quan hệ dân sự - loại quan hệ được hình thành trên cơ sở sự tự do ý chí của các bên tham gia - nên Tòa án chỉ tuyên hợp đồng vô hiệu khi có yêu cầu của một bên hoặc các bên hoặc của người có quyền và nghĩa vụ liên quan. Tùy từng trường hợp, phụ thuộc vào từng thời điểm mà có thể xử lý hợp đồng như sau:

+ Trong trường hợp mà hợp đồng đã được ký kết nhưng các bên chưa thực hiện hợp đồng đó thì khi nhận được yêu cầu, nếu thấy có đủ căn cứ, Tòa án sẽ tuyên hợp

¹⁰ Xem: Điều 407 BLDS 2015

đồng đó vô hiệu. Trong trường hợp này, hợp đồng sẽ không phát sinh hiệu lực đối với các bên và các bên không được thực hiện hợp đồng đó.

+ Trong trường hợp các bên đang thực hiện thì sau khi tuyên hợp đồng đó vô hiệu, Toà án yêu cầu các bên dừng ngay việc thực hiện hợp đồng.

Khi hợp đồng bị Toà án tuyên là vô hiệu mà các bên đang thực hiện hoặc các bên đã thực hiện xong thì đều phải xử lý về tài sản theo nguyên tắc các bên hoàn trả bằng hiện vật là đối tượng của hợp đồng mà các bên đã thực hiện việc giao nhận, các bên phải khôi phục lại tình trạng ban đầu; nếu các bên không hoàn trả được bằng hiện vật, thì phải hoàn trả bằng tiền. Bên có lỗi trong việc thiết lập hợp đồng vô hiệu mà gây thiệt hại cho phía bên kia sẽ phải bồi thường. Bên ngay tình trong việc thu hoa lợi, lợi tức không phải hoàn trả hoa lợi, lợi tức đó¹¹.

2. CÁC KHÍA CẠNH PHÁP LÝ CẦN LƯU Ý VỀ HỢP ĐỒNG TÍN DỤNG

2.1. Về chủ thể và đại diện giao kết hợp đồng

Muốn tham gia vào quan hệ pháp luật ngân hàng nói chung, người đi vay phải đáp ứng được các điều kiện nhất định do pháp luật ngân hàng quy định. Lúc đó, người đi vay được coi là có năng lực chủ thể. Năng lực chủ thể bao gồm năng lực pháp luật và năng lực hành vi.

Cụ thể, trong quan hệ cho vay được thiết lập giữa ngân hàng và người đi vay, người đi vay phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự. Theo đó, năng lực pháp luật dân sự là khả năng người đi vay có quyền dân sự và nghĩa vụ dân sự. Năng lực hành vi dân sự là khả năng của người đi vay bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền và nghĩa vụ dân sự.

Như vậy, có thể thấy rằng, quan hệ cho vay không thể hình thành nếu người đi vay không có năng lực chủ thể. Về mặt lý luận, việc thẩm định năng lực chủ thể của người đi vay có ý nghĩa trước hết là xác định tính chính xác, đích danh chủ thể ký kết hợp đồng, họ có phải là người ký kết hợp đồng với tư cách là người đi vay hay không, họ có đáp ứng đủ điều kiện về năng lực để giao kết hợp đồng hay không. Mặt khác, việc thẩm định năng lực chủ thể của người đi vay còn là cơ sở để kiểm tra tính hiệu lực

¹¹ Xem: Điều 131 BLDS 2015

của hợp đồng. Bởi lẽ, một hợp đồng có hiệu lực trước hết phải đảm bảo điều kiện người giao kết hợp đồng có năng lực hành vi dân sự (Điều 117 BLDS). Một hợp đồng tín dụng có hiệu lực sẽ tạo cơ sở pháp lý cho việc thu hồi vốn sau này của ngân hàng.

2.1.1. Đối với khách hàng là pháp nhân (công ty, hợp tác xã, tổ chức khác)

Hiểu theo nghĩa đơn giản, công ty là pháp nhân kinh doanh. Pháp nhân là tổ chức thống nhất, độc lập, hợp pháp, có tài sản độc lập, nhân danh mình tham gia vào các quan hệ pháp luật một cách độc lập. Bởi mỗi pháp nhân có cơ cấu tổ chức khác nhau, mục đích hoạt động khác nhau cũng như hình thức sở hữu khác nhau, vì thế khi thẩm định năng lực chủ thể của pháp nhân cũng cần chú ý những điểm đặc thù.

Trước hết, xét năng lực pháp luật của pháp nhân. Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân phát sinh từ thời điểm pháp nhân được thành lập và chấm dứt từ thời điểm chấm dứt pháp nhân (Điều 74 BLDS). Như vậy, việc đánh giá năng lực pháp luật của pháp nhân gắn liền trực tiếp với việc đánh giá “sự tồn tại” của pháp nhân đó. “Sự tồn tại” của pháp nhân được thể hiện qua bộ hồ sơ pháp lý như:

- Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (trước đây là giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh) / Giấy phép thành lập và hoạt động / Giấy phép hoạt động / Giấy phép đầu tư (đối với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài) / Giấy chứng nhận đăng ký hoạt động / Quyết định thành lập;

- Giấy phép kinh doanh, Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, Chứng chỉ hành nghề, Giấy chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp;

- Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu; Giấy chứng nhận đăng ký thuế;

- Điều lệ tổ chức và hoạt động và Quyết định chuẩn y hoặc phê duyệt Điều lệ của cơ quan có thẩm quyền (nếu có);

- Quy chế tài chính và các quy chế quản lý nội bộ khác liên quan trực tiếp đến việc vay vốn (nếu có);

- Các quyết định bổ nhiệm người đại diện theo pháp luật, kế toán trưởng (hoặc người được ủy quyền)...

Mặt khác, năng lực pháp nhân cũng có thể thay đổi trong suốt thời gian “tồn tại” của pháp nhân, khi pháp nhân có sự thay đổi về quy mô, cơ cấu tổ chức, phạm vi hoạt

động, ngành nghề hoạt động... lúc đó quyền và nghĩa vụ của pháp nhân sẽ thay đổi. Chính vì thế mà ngân hàng cần phải thường xuyên kiểm tra sự “tồn tại”, thay đổi hay “chấm dứt” pháp nhân qua những báo cáo của chính pháp nhân đó hoặc từ các cơ quan hữu quan. Thực tế, trong thời hạn vay, pháp nhân có thể thay đổi về quy mô, cơ cấu tổ chức, phạm vi hoạt động dẫn đến sự thay đổi về năng lực pháp luật. Việc thay đổi năng lực pháp luật có thể dẫn đến những rủi ro tín dụng cho ngân hàng. Ví dụ như khi pháp nhân có sự thay đổi về ngành nghề kinh doanh, điều này có thể dẫn tới hệ quả là ngân hàng trước đây thẩm định cho pháp nhân vay vốn để kinh doanh trong ngành nghề được cấp phép kinh doanh giờ có khả năng không thu hồi được vốn giải ngân do pháp nhân không còn được kinh doanh trong ngành nghề đó. Hay khi pháp nhân có sự thay đổi về vốn điều lệ theo hướng giảm vốn, rõ ràng trong trường hợp này, khả năng tài chính của pháp nhân đã không còn tốt như lúc đầu ngân hàng thẩm định cho vay nữa. Điều này cũng gây rủi ro cho ngân hàng trong việc thu hồi vốn. Mặt khác, những thay đổi này của pháp nhân hiện nay theo quy định của pháp luật doanh nghiệp thì phải đăng ký lại với cơ quan đăng ký kinh doanh và Công thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp. Do vậy, trong trường hợp này cần phải có quy định ràng buộc trách nhiệm cung cấp thông tin của pháp nhân đối với ngân hàng để có biện pháp xử lý rủi ro thích hợp.

Thứ hai, xét năng lực hành vi của pháp nhân. Mọi giao dịch của pháp nhân phải thực hiện thông qua hành vi của người đại diện. Theo quy định của Bộ luật Dân sự, thì đại diện của pháp nhân có thể là đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền.

- Xét đại diện theo pháp luật: Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bao gồm: Người được pháp nhân chỉ định theo điều lệ; Người có thẩm quyền đại diện theo quy định của pháp luật; Người do Tòa án chỉ định trong quá trình tố tụng tại Tòa án (Khoản 1 Điều 137 LDN). Đại diện theo pháp luật của pháp nhân được quy định tại điều lệ của pháp nhân hoặc trong quyết định thành lập pháp nhân. Như vậy ở đây, ngân hàng có hai cách để xác định ai là người có thẩm quyền đại diện - nhân danh và vì lợi ích của pháp nhân xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện. Cách thứ nhất, ngân hàng sẽ xem Điều lệ của pháp nhân đó. Tuy nhiên, có một số trường hợp điều lệ không quy định thì ngân hàng lúc này sẽ dựa vào quy định pháp luật cụ thể để xác định người đại diện. Ví dụ, đối với công ty cổ phần, trường hợp công ty chỉ có một người đại diện theo pháp luật thì Chủ tịch Hội đồng quản trị hoặc

Giám đốc hoặc Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trường hợp Điều lệ chưa có quy định thì Chủ tịch Hội đồng quản trị là người đại diện theo pháp luật của công ty. Trường hợp công ty có hơn một người đại diện theo pháp luật thì Chủ tịch Hội đồng quản trị và Giám đốc hoặc Tổng giám đốc đương nhiên là người đại diện theo pháp luật của công ty (Khoản 2 Điều 137 LDN). Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty phải có ít nhất một người đại diện theo pháp luật là người giữ một trong các chức danh là Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc Giám đốc hoặc Tổng giám đốc (Khoản 3 Điều 54 LDN). Ngân hàng có thể dựa vào cách thứ hai để xác định người đại diện, đó là xem Quyết định thành lập pháp nhân. Bởi theo quy định Luật Doanh nghiệp và Nghị định 01/2021/NĐ-CP thì Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (hay trước đây là Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh) sẽ bao gồm: họ, tên, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Thông qua hai cách như vậy, ngân hàng có thể xác định chính xác được ai là người đại diện cho pháp nhân.

- Xét đại diện theo ủy quyền: Đại diện theo ủy quyền là đại diện được xác lập theo sự ủy quyền giữa người đại diện và người được đại diện. Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân có thể ủy quyền lại cho người khác để xác lập, thực hiện giao dịch dân sự.

Khi tiến hành kiểm tra tư cách đại diện theo ủy quyền của pháp nhân, thứ nhất, ngân hàng cần kiểm tra hình thức ủy quyền của các bên. Đối với hình thức bằng văn bản thì có thể là giấy ủy quyền, thư ủy quyền, quyết định ủy quyền, hợp đồng ủy quyền. Xét trong nội bộ cơ cấu lãnh đạo điều hành của pháp nhân, việc ủy quyền giữa người đại diện theo pháp luật như giám đốc với các nhân viên cấp dưới được thể hiện linh hoạt qua các quy định về nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của mỗi nhân viên, trên cơ sở ủy quyền đó, các nhân viên có thể nhân danh pháp nhân tiến hành các công việc nhất định trong phạm vi quyền hạn của mình. Như vậy, việc kiểm tra hình thức ủy quyền của ngân hàng có thể phức tạp, rắc rối nếu như cùng một thời điểm có nhiều hình thức ủy quyền khác nhau, vấn đề được đặt ra là ngân hàng sẽ xác định ủy quyền dựa trên hình thức nào, có sự ưu tiên giữa các hình thức ủy quyền hay không, hay dựa vào thứ tự hình thức ủy quyền được xác lập. Thực tế có trường hợp, giám đốc - người

đại diện theo pháp luật cùng một lúc lập 2 văn bản ủy quyền cho 2 người thay mặt ông để điều hành công ty. Trong trường hợp này ai sẽ là người đại diện cho công ty?

Ngoài ra, đối với một số trường hợp, pháp luật quy định việc ủy quyền phải công chứng, chứng thực thì ngân hàng cũng cần kiểm tra vấn đề này. Các trường hợp còn lại, ngân hàng kiểm tra việc ủy quyền có xác nhận bằng việc đóng dấu của pháp nhân hay không. Tuy nhiên, để thuận lợi hơn cho việc xác định tư cách người đại diện, cũng như đảm bảo an toàn, chính xác hơn trong việc thẩm định tư cách người đại diện, hạn chế những trường hợp, giấy ủy quyền của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được lập không chính xác, rõ ràng hoặc bị cố ý làm giả. Các ngân hàng thường có mẫu giấy ủy quyền riêng và yêu cầu người đại diện theo pháp luật của pháp nhân lập lại giấy ủy quyền theo mẫu in sẵn này.

Thứ hai, ngân hàng cần kiểm tra người ủy quyền có được, phép ủy quyền hay không. Bởi về nguyên tắc, phải có “quyền thì mới có “ủy”, mới giao lại quyền được. Do đó việc ủy quyền phải do chính người có quyền thực hiện.

Thứ ba, là điều kiện của người đại diện theo ủy quyền - Theo quy định chung, thứ nhất, người đại diện theo ủy quyền của pháp nhân phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Ngoài ra, theo quy định của pháp luật chuyên ngành, trong một số trường hợp, người đại diện còn phải đáp ứng các điều kiện như: Không thuộc đối tượng bị cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp; có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm trong quản lý kinh doanh hoặc trong ngành, nghề kinh doanh chủ yếu của công ty....

Ngoài ra, khi kiểm tra tư cách đại diện của pháp nhân, ngân hàng cũng cần lưu ý các vấn đề sau:

Một là, phạm vi đại diện: Người đại diện theo pháp luật của pháp nhân chỉ được thực hiện các giao dịch trong phạm vi thẩm quyền của pháp nhân. Người này lại có thể ủy quyền cho người khác nhân danh mình để thực hiện các giao dịch trong phạm vi thẩm quyền mình. Như vậy, về mặt logic, phạm vi đại diện của người đại diện theo ủy quyền không thể vượt quá phạm vi đại diện của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Phạm vi ủy quyền sau không thể lớn hơn phạm vi ủy quyền trước đó. Phạm vi đại diện theo pháp luật được pháp luật quy định hoặc được thể hiện trong quyết định cử người đại diện của pháp nhân, phạm vi đại diện theo ủy quyền được xác định trong chính văn bản ủy quyền. Khi xem xét vấn đề ủy quyền lại, ngân hàng cũng cần chú ý

hai điều kiện: *thứ nhất*, việc ủy quyền lại phải được bên ủy quyền (ban đầu) đồng ý hoặc pháp luật có quy định. *Thứ hai*, hình thức hợp đồng ủy quyền lại phù hợp với hình thức của hợp đồng ủy quyền ban đầu.

Một vấn đề nữa cũng cần lưu ý là trong một số trường hợp, phạm vi đại diện của người đại diện theo pháp luật bị giới hạn. Ví dụ, đối với bên vay là Công ty trách nhiệm hữu hạn, nếu hợp đồng vay, cho vay, bán tài sản có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% tổng giá trị tài sản được ghi trong báo cáo tài chính tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty thì Hội đồng thành viên sẽ là người quyết định thông qua. Như vậy, người có thẩm quyền quyết định giao kết hợp đồng vay ở đây là Hội đồng thành viên chứ không phải là người đại diện theo pháp luật. Đây là một quy định có thể gây rủi ro cho ngân hàng bởi nếu trên cơ sở đã xác định chính xác người có thẩm quyền đại diện cho pháp nhân, ngân hàng quyết định giao kết hợp đồng cho vay với pháp nhân này. Tuy nhiên, hợp đồng đó có thể không phát sinh hiệu lực đối với pháp nhân vì người đại diện không có quyền quyết định giao dịch. Vấn đề đặt ra ở đây là cần xác định rõ phạm vi đại diện theo pháp luật và theo ủy quyền vì nếu có sự mâu thuẫn giữa văn bản ủy quyền hay quyết định cử người đại diện theo pháp luật của pháp nhân và quy định như trên thì phạm vi đại diện được xác định theo cách nào.

Tóm lại, ngân hàng cần chú ý xem xét kỹ phạm vi đại diện để tránh trường hợp người đại diện không có thẩm quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện. Bởi, về mặt bản chất, người không có thẩm quyền đại diện hoặc thực hiện giao dịch vượt quá phạm vi đại diện thì sẽ không làm phát sinh quyền và nghĩa vụ đối với người được đại diện đối với phần giao dịch không có thẩm quyền đại diện đó trừ trường hợp người đại diện hoặc người được đại diện - pháp nhân đồng ý hoặc biết mà không phản đối. Tuy nhiên, giao dịch dân sự này không vô hiệu mà nó chỉ làm phát sinh nghĩa vụ của một chủ thể khác với chủ thể được ghi nhận trong hợp đồng - đó chính là người không có thẩm quyền đại diện trừ trường hợp ngân hàng đã biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện. Như vậy, rõ ràng ở đây, việc thay đổi chủ thể - người có nghĩa vụ với ngân hàng trong việc trả nợ là một nguyên nhân có thể gây ra rủi ro tín dụng, bởi lẽ, trên cơ sở thẩm định ban đầu về tư cách chủ thể, khả năng tài chính, phương án sử dụng vốn ... ngân hàng khẳng định được độ tin cậy, tính hiệu quả, khả thi của việc thu hồi vốn từ hoạt động cho vay này nên mới quyết cho vay, việc thay đổi chủ thể có

nghĩa vụ như vậy sẽ làm thay đổi toàn bộ nhận định, đánh giá ban đầu của ngân hàng, có thể khiến cho ngân hàng không thu hồi được nguồn vốn đã giải ngân. Do vậy, ngân hàng cần lưu ý thẩm định kỹ vấn đề này để tránh rủi ro về sau.

Hai là, thời hạn đại diện: Tư cách của người đại diện pháp nhân chỉ phát sinh và tồn tại trong khoảng thời hạn đại diện. Hay nói cách khác, người đại diện pháp nhân chỉ có thể nhân danh pháp nhân tiến hành các giao dịch trong khoảng thời hạn này. Kết thúc thời hạn thì tư cách đại diện của người đó chấm dứt. Chính vì thế, ngân hàng phải xem xét kỹ vấn đề này trước khi quyết định ký hợp đồng cho vay với người đại diện đó.

Theo quy định của pháp luật, thì đại diện theo pháp luật của pháp nhân chấm dứt khi pháp nhân chấm dứt. Điều đó có nghĩa là, thời hạn đại diện của người đại diện theo pháp luật sẽ phát sinh và kéo dài bằng với thời hạn tồn tại của pháp nhân. Tuy nhiên, quy định như vậy là chưa đủ, bởi lẽ có một số trường hợp tuy tư cách pháp nhân chưa chấm dứt nhưng tư cách người đại diện lại chấm dứt do có sự thay đổi trong cơ cấu tổ chức nội bộ. Ví dụ sự thay đổi về chủ tịch hội đồng quản trị hay giám đốc, tổng giám đốc. Hoặc cũng có thể người đại diện theo pháp luật của pháp nhân bị chết; bị mất, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc phạm tội bị tòa tuyên án... Tuy nhiên, khi pháp nhân thay đổi người đại diện theo pháp luật thì pháp nhân đó phải đăng ký với cơ quan đăng ký kinh doanh và phải công bố nội dung thay đổi trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp. Thực tế có không ít pháp nhân vi phạm quy định về công bố thông tin này, pháp nhân cũng không báo cáo sự thay đổi đó với ngân hàng.

Xét về đại diện theo ủy quyền của pháp nhân chấm dứt trong các trường hợp sau đây: a) Theo thỏa thuận; b) Thời hạn ủy quyền đã hết; c) Công việc được ủy quyền đã hoàn thành; d) Người được đại diện hoặc người đại diện đơn phương chấm dứt thực hiện việc ủy quyền; đ) Người được đại diện, người đại diện là cá nhân chết; người được đại diện, người đại diện là pháp nhân chấm dứt tồn tại; e) Người đại diện không còn đủ điều kiện quy định tại khoản 3 Điều 134 của Bộ luật này; g) Căn cứ khác làm cho việc đại diện không thể thực hiện được. Các vấn đề đặt ra ở đây là: việc hủy bỏ việc ủy quyền của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được biểu hiện bằng hình thức nào, các căn cứ chấm dứt? Theo đó, người đại diện theo pháp luật của pháp nhân chỉ cần nói miệng (thông báo) hay phải làm văn bản thể hiện rõ nội dung chấm

dứt việc ủy quyền. Ngoài ra, việc người đại diện theo pháp luật lập một ủy quyền mới có được coi là căn cứ để chấm dứt ủy quyền cũ hay không? Tương tự như vậy, đối với người được ủy quyền, biểu hiện của việc từ chối việc ủy quyền là như thế nào? Theo quy định Bộ luật Dân sự 2005, đối với loại hợp đồng ủy quyền, thì các bên trong hợp đồng được đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng bất cứ lúc nào nhưng phải kèm theo điều kiện nhất định tùy theo hợp đồng ủy quyền có thù lao hay không. Trong trường hợp có sự thay đổi về người đại diện này, pháp nhân phải thông báo với ngân hàng. Nếu không thông báo thì hợp đồng vay với ngân hàng vẫn có hiệu lực trừ trường hợp ngân hàng biết hoặc phải biết việc hợp đồng ủy quyền bị chấm dứt. Như vậy, một vấn đề nữa phải đặt ra ở đây là: pháp luật chỉ đặt ra trách nhiệm thông báo về sự thay đổi người đại diện đối với hợp đồng ủy quyền (hình thức ủy quyền song phương), còn đối với các hình thức ủy quyền khác như giấy ủy quyền (hình thức ủy quyền đơn phương) thì trách nhiệm thông báo lại không được đặt ra. Đây chính là một rủi ro nữa mà ngân hàng có thể gặp phải khi thẩm định năng lực chủ thể của người đi vay.

2.1.2. Đối với doanh nghiệp tư nhân

Doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và chủ sở hữu tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp. Xét về mặt tư cách chủ thể, doanh nghiệp tư nhân cũng được pháp luật thừa nhận và do đó cũng có thể trở thành người đi vay trong hợp đồng tín dụng với ngân hàng. Tuy nhiên, điểm đặc biệt ở đây là doanh nghiệp này không có tư cách pháp nhân, không có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản, và “nhân danh chính mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập”.

Tài sản của doanh nghiệp cũng chính là tài sản của chủ doanh nghiệp. Do đó, bản thân doanh nghiệp không thể tự chịu trách nhiệm về hoạt động kinh doanh của mình được. Thay vào đó, chủ doanh nghiệp sẽ chịu trách nhiệm về hoạt động của doanh nghiệp bằng toàn bộ tài sản của riêng mình. Lúc này, tư cách của doanh nghiệp tư nhân gắn liền với tư cách của chủ doanh nghiệp. Chủ doanh nghiệp tư nhân là người trực tiếp xác lập các giao dịch nhân danh doanh nghiệp. Như vậy, rõ ràng giữa doanh nghiệp tư nhân và cá nhân người làm chủ doanh nghiệp có mối liên hệ gắn bó, lệ thuộc rất chặt chẽ với nhau. Nếu có sự thay đổi về chủ doanh nghiệp như ương trường hợp bán doanh nghiệp tư nhân, hay chủ doanh nghiệp tư nhân chết, mất tích hoặc rơi vào

trường hợp bị cấm thành lập quản lý doanh nghiệp thì doanh nghiệp tư nhân đó coi như chấm dứt sự “tồn tại”. Với những đặc điểm như vậy, ngân hàng khi giao kết hợp đồng tín dụng với đối tượng này cần lưu ý việc thẩm định năng lực chủ thể của doanh nghiệp tư nhân gắn liền trực tiếp với việc thẩm định năng lực chủ thể của chủ doanh nghiệp tư nhân.

Xét về năng lực pháp luật: Để đánh giá năng lực pháp luật tức đánh giá khả năng có các quyền, nghĩa vụ dân sự phù hợp với mục đích hoạt động của doanh nghiệp tư nhân, ngân hàng kiểm tra tính “tồn tại” hợp pháp của chủ thể này qua bộ hồ sơ pháp lý như sau:

+ Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (trước đây là giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh);

+ Giấy phép kinh doanh, Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, Chứng chỉ hành nghề, Giấy chứng nhận bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp (đối với ngành nghề phải có theo quy định của Pháp luật);

+ Giấy chứng nhận đăng ký mẫu dấu; Giấy chứng nhận đăng ký thuế.

Như vậy, so với pháp nhân, hồ sơ pháp lý thẩm định của đối tượng này đơn giản hơn rất nhiều bởi lẽ, so về quy mô, cơ cấu tổ chức, doanh nghiệp tư nhân có tổ chức đơn giản, nhỏ gọn hơn (không có hội đồng quản trị, hội đồng thành viên, ban kiểm soát...); Chính vì lý do đó mà doanh nghiệp tư nhân cũng không có bản điều lệ, quy chế tài chính, quy chế quản lý nội bộ. Mặt khác, vì doanh nghiệp tư nhân do một cá nhân bỏ vốn ra thành lập và làm chủ, cá nhân này không có sự Hên kết và chia sẻ với bất cứ ai khác nên họ cũng chính là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Do đó, trong doanh nghiệp tư nhân cũng không có quyết định bổ nhiệm người đại diện theo pháp luật.

Xét về năng lực hành vi: Chủ doanh nghiệp tư nhân là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, họ chính là người trực tiếp xác lập, thực hiện các giao dịch nhân danh doanh nghiệp, do đó khi xét năng lực hành vi của doanh nghiệp chính là xét năng lực hành vi của cá nhân - người làm chủ doanh nghiệp. Việc xem xét năng lực hành vi của cá nhân sẽ được phân tích ở phần khách hàng là cá nhân.

2.1.3. Đối với hộ gia đình

Hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này. Như vậy không phải tất cả hộ gia đình đều là chủ thể của quan hệ dân sự mà chỉ có những hộ gia đình có những điều kiện nhất định mới trở thành chủ thể trong quan hệ dân sự nhất định. Hộ gia đình với tư cách là một chủ thể trong giao dịch dân sự ở đây phải có tối thiểu hai thành viên. Các thành viên này gắn kết với nhau nhờ có quan hệ huyết thống, nuôi dưỡng và hôn nhân.

Xét năng lực pháp luật: Năng lực pháp luật của hộ gia đình phát sinh đồng thời với việc hình thành hộ gia đình. Tuy nhiên, việc xác định thời điểm hình thành hộ gia đình lại không thể xác định được bằng các quy tắc pháp lý. Vì vậy, để xác định tư cách chủ thể của hộ gia đình, phải căn cứ vào điều kiện thực tế tồn tại gia đình đó. Có thể “tồn tại” trong một ngôi nhà có nhiều gia đình với tư cách chủ thể nhưng cũng có thể có hộ gia đình với các thành viên sống ở nhiều ngôi nhà khác nhau, thậm chí có nơi cư trú khác nhau. Nhưng nếu thỏa mãn điều kiện “có tài sản chung để hoạt động kinh tế chung”, thì có thể hình thành một hộ gia đình với tư cách chủ thể tham gia vào các quan hệ do pháp luật quy định. Tài sản chung của hộ gia đình là tài sản thuộc sở hữu chung của các thành viên. Khối tài sản chung phải là một thể thống nhất được tạo dựng bởi các thành viên. Tài sản của các thành viên gia đình cùng sống chung gồm tài sản do các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo lập nên và những tài sản khác được xác lập quyền sở hữu theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan. Việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của các thành viên gia đình được thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Trường hợp định đoạt tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký, tài sản là nguồn thu nhập chủ yếu của gia đình phải có sự thỏa thuận của tất cả các thành viên gia đình là người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp luật có quy định khác. Trường hợp không có thỏa thuận thì áp dụng quy định về sở hữu chung theo phần được quy định tại Bộ luật này và luật khác có liên quan, trừ trường hợp quy định tại Điều 213 của Bộ luật dân sự.

Xét năng lực hành vi: Hộ gia đình xác lập giao dịch với ngân hàng thông qua người đại diện của hộ gia đình là chủ hộ. Để kiểm tra tư cách chủ hộ, ngân hàng có thể kiểm tra sổ hộ khẩu và chứng minh nhân dân chủ hộ. Ngân hàng thường yêu cầu người đại diện phải có văn bản chứng minh hoạt động vay là nhằm mục đích chung của hộ

gia đình. Ngoài ra, chủ hộ cũng có thể ủy quyền cho thành viên khác làm đại diện của hộ. Việc ủy quyền phải tuân theo quy tắc chung về ủy quyền như đã phân tích. Tuy nhiên, điểm lưu ý ở đây là người được ủy quyền phải có đầy đủ năng lực hành vi dân sự.

2.1.4. Đối với cá nhân

Xét năng lực pháp luật: Mọi cá nhân đều có năng lực pháp luật dân sự như nhau, năng lực pháp luật dân sự của cá nhân không bị hạn chế vì bất cứ lý do nào (độ tuổi, địa vị xã hội, giới tính, dân tộc...), trừ trường hợp do pháp luật quy định. Ngân hàng cần lưu ý xem xét các trường hợp này. Có thể dẫn chứng hai trường hợp sau đây, năng lực pháp luật của cá nhân bị hạn chế. Một là, theo quy định pháp luật, một chủ thể xác định không được phép thực hiện các giao dịch dân sự cụ thể. Hai là, theo văn bản áp dụng pháp luật cụ thể. Ví dụ: Tòa án ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời buộc người đang có diện tích đất đang tranh chấp không được thế chấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho đến khi tranh chấp được giải quyết xong. Nếu ngân hàng không thẩm định kỹ trong trường hợp này thì rủi ro cho vay là rất lớn.

Xét năng lực hành vi: Tùy theo mức độ năng lực hành vi của cá nhân mà việc tham gia vào giao dịch đi vay là khác nhau. Cụ thể ở đây, đối với giao dịch cho vay đối với khách hàng là cá nhân, ngân hàng xem xét các trường hợp sau:

- Trường hợp cá nhân có năng lực hành vi đầy đủ. Những người này có đầy đủ tư cách chủ thể và có toàn quyền tham gia vào quan hệ đi vay với tư cách là chủ thể độc lập, tự chịu trách nhiệm về hành vi do họ thực hiện. Vì thế khi giao dịch với đối tượng này, ngân hàng chỉ cần thẩm định tư cách chủ thể của chính họ mà không cần phải thẩm định tư cách chủ thể có liên quan khác như người đại diện.

- Trường hợp cá nhân có năng lực hành vi một phần (không đầy đủ). Theo quy định có thể hiểu người chưa thành niên (chưa đủ 18 tuổi) nhưng đủ 6 tuổi được coi là người có năng lực hành vi một phần. Họ chỉ có thể xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ và chịu trách nhiệm trong một giới hạn nhất định do pháp luật quy định. Về mặt nguyên tắc, việc xác lập, thực hiện giao dịch của người có năng lực hành vi không đầy đủ phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý trừ một số trường hợp (Trường hợp giao dịch nhằm phục vụ cho nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi và trường hợp người từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi có thể tự mình xác lập, thực hiện các

giao dịch trong phạm vi tài sản riêng của họ có mà không cần sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật). Tuy nhiên, thực tế, việc cho vay đối với cá nhân có năng lực hành vi chưa đầy đủ vẫn tiềm ẩn rủi ro do người đại diện theo pháp luật của cá nhân có thể yêu cầu tòa án tuyên bố những giao dịch do người chưa thành niên thực hiện mà không có sự đồng ý của họ là vô hiệu. Vì thế mà ngân hàng để đảm bảo an toàn hơn trong hoạt động cho vay của mình khi cho vay đối với đối tượng này thường yêu cầu phải có văn bản xác nhận đồng ý của người đại diện theo pháp luật về việc xác lập và thực hiện giao dịch của người chưa thành niên.

Thẩm định tư cách người đại diện theo pháp luật ngân hàng cần lưu ý những vấn đề sau đây: *Thứ nhất*, về điều kiện của người đại diện theo pháp luật: có năng lực hành vi đầy đủ; đối với người giám hộ còn cần điều kiện có tư cách đạo đức tốt, không phải là người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc người bị kết án nhưng chưa được xoá án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm, tài sản của người khác; có điều kiện cần thiết bảo đảm thực hiện việc giám hộ. *Thứ hai*, về giấy tờ chứng minh tư cách người đại diện theo pháp luật: Đối với cha, mẹ thì tư cách này là đương nhiên nên không cần phải chứng minh, tuy nhiên để xác định người đại diện theo pháp luật là cha, mẹ của người có năng lực hành vi một phần thì phải kiểm tra chứng minh nhân dân, giấy khai sinh (đối với cha, mẹ ruột), giấy đăng ký kết hôn (đối với bố dượng, mẹ kế), quyết định công nhận việc nuôi con nuôi của Ủy ban nhân dân cấp xã (đối với cha, mẹ nuôi). Đối với người giám hộ: ngân hàng kiểm tra chứng minh nhân dân, hộ khẩu của người giám hộ, Quyết định Công nhận giám hộ của ủy ban nhân dân cấp xã nơi người giám hộ cư trú hoặc nơi có trụ sở của cơ quan, tổ chức đảm nhận giám hộ thực hiện đăng ký việc giám hộ. *Thứ ba*, về các trường hợp chấm dứt tư cách đại diện theo pháp luật: Người được đại diện đã thành niên; Người được đại diện chết; Các trường hợp khác do pháp luật quy định. Trong những trường hợp này, họ sẽ không còn quyền “nhân danh” người có năng lực hành vi một phần để xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nữa. Do đó, ngân hàng cần chú ý các trường hợp chấm dứt tư cách đại diện để tránh giao kết hợp đồng cho vay với người không có thẩm quyền đại diện.

- Trường hợp cá nhân không có năng lực hành vi, mất năng lực hành vi dân sự: giao dịch đi vay của người này do người đại diện theo pháp luật của họ xác lập, thực hiện. Việc xác định người đại diện theo pháp luật tương tự trường hợp trên. Vấn đề

chú ý ở đây là có trường hợp vì nguyên nhân nào đó mà họ bị tuyên bố là mất năng lực hành vi nhưng nay nguyên nhân đó không còn nữa, thì họ hoặc những người có quyền và lợi ích liên quan có quyền yêu cầu Tòa án hủy bỏ quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự. Tuy nhiên, giải quyết việc này theo yêu cầu của chính họ sẽ bị vướng mắc về tố tụng. Bởi lẽ, khi họ đã mất năng lực hành vi dân sự thì cũng sẽ mất năng lực hành vi tố tụng. Do đó, họ không thể tự khởi kiện hoặc yêu cầu Tòa án mà không thông qua hành vi của người có năng lực hành vi tố tụng. Rủi ro có thể xảy ra cho ngân hàng nếu như người đại diện cho họ cố ý thực hiện các giao dịch với ngân hàng gây bất lợi cho người được đại diện, trái với lợi ích và mong muốn của họ. Vậy trong trường hợp này, giao dịch giữa người đại diện với ngân hàng có hiệu lực hay không? Xét về các điều kiện để đảm bảo tính hiệu lực của giao dịch và các trường hợp giao dịch dân sự bị vô hiệu thì giao dịch này không nằm trong trường hợp bị vô hiệu. Tuy nhiên, nếu công nhận tính hiệu lực của giao dịch này, nghĩa là làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của người được đại diện, thì rõ ràng quyền và lợi ích của họ không được đảm bảo.

- Trường hợp cá nhân bị hạn chế năng lực hành vi dân sự: giao dịch dân sự liên quan đến tài sản của người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật trừ giao dịch nhằm phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày. Như vậy, giống với cá nhân có năng lực hành vi một phần, họ vẫn có thể tự mình xác lập, thực hiện một số giao dịch nhất định tuy nhiên vẫn cần phải có sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật. Do đó, trong trường hợp này, ngân hàng cũng cần kiểm tra sự đồng ý của người đại diện bằng văn bản thể hiện sự đồng ý với việc xác lập và thực hiện giao dịch của người bị mất năng lực hành vi dân sự. Điểm chú ý ở đây là, *thứ nhất*, người đại diện theo pháp luật và phạm vi đại diện cho người bị hạn chế năng lực hành vi do tòa án quyết định. Do vậy, khi xác lập hợp đồng cho vay đối với đối tượng này, ngân hàng cần xem quyết định tuyên bố bị hạn chế năng lực hành vi dân sự của tòa án để có thể xác định được chính xác ai là người đại diện theo pháp luật của người bị hạn chế năng lực và phạm vi đại diện là tới đâu để từ đó quyết định cho vay cho phù hợp. *Thứ hai*, năng lực hành vi của cá nhân có thể được phục hồi nếu theo yêu cầu của chính người đó hoặc của người có quyền và lợi ích liên quan, cơ quan, tổ chức hữu quan. Tòa án ra quyết định hủy bỏ quyết định tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự do căn cứ để tuyên bố người đó bị hạn chế năng lực hành vi không còn nữa.

Hậu quả pháp lý của vấn đề này là tư cách đại diện theo pháp luật của cá nhân đó chấm dứt. Do đó mà ngân hàng cũng cần chú ý trong trường hợp này để tránh xác lập giao dịch với người không có thẩm quyền đại diện.

Ngoài các trường hợp giao dịch dân sự của cá nhân phải được xác lập, thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật nêu trên, thì cá nhân cũng có thể ủy quyền cho người khác để xác lập, thực hiện giao dịch thay cho mình. Đó chính là đại diện theo ủy quyền. Việc ngân hàng xác lập hợp đồng cho vay với người đại diện theo ủy quyền của cá nhân cũng phải lưu ý những điểm như đã phân tích ở phần người đại diện theo ủy quyền của pháp nhân.

Cuối cùng, tương tự như tổ chức, một vấn đề nữa cũng cần phải lưu ý trong quá trình thẩm định năng lực chủ thể bên đi vay đó là việc xác định cá nhân đi vay có thuộc các trường hợp cấm cho vay, hạn chế cho vay hay thuộc nhóm khách hàng có liên quan hay không (Điều 126, 127 Luật Các tổ chức tín dụng).

2.1.5. Đối với pháp nhân và cá nhân vay nước ngoài

Pháp nhân và cá nhân nước ngoài phải có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự theo quy định pháp luật của nước mà pháp nhân đó có quốc tịch hoặc cá nhân đó là công dân, nếu pháp luật nước ngoài đó được Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam quy định hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ký kết hoặc tham gia quy định.

Đối với cá nhân, năng lực pháp luật dân sự được xác định theo pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch, người nước ngoài có năng lực pháp luật dân sự tại Việt Nam như công dân Việt Nam, trừ trường hợp pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác. Trong trường hợp người nước ngoài cư trú tại Việt Nam thì năng lực pháp luật dân sự của cá nhân đó được xác định theo quy định của pháp luật Việt Nam. Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, trừ trường hợp pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác; trong trường hợp người nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài được xác định theo pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Tóm lại, khi ngân hàng xác lập giao dịch cho vay đối với khách hàng vay nước

ngoài, thì việc thẩm định năng lực hành vi và năng lực pháp luật của chủ thể này tương tự như thẩm định khách hàng vay Việt Nam.

Đối với pháp nhân, năng lực pháp luật dân sự được xác định theo pháp luật của nước nơi pháp nhân đó được thành lập, trong trường hợp pháp nhân nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam thì năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân được xác định theo pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Ngoài ra, khi xem xét năng lực chủ thể của khách hàng vay nước ngoài, ngân hàng còn cần chú ý hai vấn đề sau đây: Thứ nhất là việc xác định ai là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Do pháp nhân được thành lập theo pháp luật nước ngoài nên việc xác định ai là người đại diện phải căn cứ vào quy định của pháp luật nước ngoài. Thứ hai là thời hạn cho vay. Bởi khách hàng vay nước ngoài chỉ có năng lực pháp luật trong thời gian pháp luật cho phép hoạt động tại Việt Nam nên ngân hàng chỉ có thể giao kết hợp đồng cho vay trong khoảng thời gian này. Do đó, đối với pháp nhân thì thời hạn cho vay không quá thời hạn còn lại được phép hoạt động tại Việt Nam; đối với cá nhân thì thời hạn cho vay không quá thời hạn được phép cư trú còn lại tại Việt Nam.

2.2. Về hình thức và nội dung cơ bản của hợp đồng tín dụng

Hợp đồng tín dụng phải được lập thành văn bản, trong đó tối thiểu có các nội dung sau:

a) Tên, địa chỉ, mã số doanh nghiệp của tổ chức tín dụng cho vay; tên, địa chỉ, số chứng minh nhân dân hoặc thẻ căn cước hoặc hộ chiếu hoặc mã số doanh nghiệp của khách hàng;

b) Số tiền cho vay; hạn mức cho vay đối với trường hợp cho vay theo hạn mức; hạn mức cho vay dự phòng đối với trường hợp cho vay theo hạn mức cho vay dự phòng; hạn mức thấu chi đối với trường hợp cho vay theo hạn mức thấu chi trên tài khoản thanh toán;

c) Mục đích sử dụng vốn vay;

d) Đồng tiền cho vay, đồng tiền trả nợ;

đ) Phương thức cho vay;

e) Thời hạn cho vay; thời hạn duy trì hạn mức đối với trường hợp cho vay theo hạn mức, thời hạn hiệu lực của hạn mức cho vay dự phòng đối với trường hợp cho vay theo hạn mức cho vay dự phòng, hoặc thời hạn duy trì hạn mức thấu chi đối với trường hợp cho vay theo hạn mức thấu chi trên tài khoản thanh toán;

g) Lãi suất cho vay theo thỏa thuận và mức lãi suất quy đổi theo tỷ lệ %/năm tính theo số dư nợ cho vay thực tế và thời gian duy trì số dư nợ cho vay thực tế đó theo quy định; nguyên tắc và các yếu tố xác định lãi suất, thời điểm xác định lãi suất cho vay đối với trường hợp áp dụng lãi suất cho vay có điều chỉnh; lãi suất áp dụng đối với dư nợ gốc bị quá hạn; lãi suất áp dụng đối với lãi chậm trả; loại phí liên quan đến khoản vay và mức phí áp dụng;

h) Giải ngân vốn cho vay và việc sử dụng phương tiện thanh toán để giải ngân vốn cho vay;

i) Việc trả nợ gốc, lãi tiền vay và thứ tự thu hồi nợ gốc, lãi tiền vay; trả nợ trước hạn;

k) Cơ cấu lại thời hạn trả nợ; chuyển nợ quá hạn đối với số dư nợ gốc mà khách hàng không trả được nợ đúng hạn theo thỏa thuận và không được tổ chức tín dụng chấp thuận cơ cấu lại thời hạn trả nợ; hình thức và nội dung thông báo chuyển nợ quá hạn;

l) Trách nhiệm của khách hàng trong việc phối hợp với tổ chức tín dụng và cung cấp các tài liệu liên quan đến khoản vay để tổ chức tín dụng thực hiện thẩm định và quyết định cho vay, kiểm tra, giám sát việc sử dụng vốn vay và trả nợ của khách hàng;

m) Các trường hợp chấm dứt cho vay; thu nợ trước hạn; chuyển nợ quá hạn đối với số dư nợ gốc mà khách hàng không trả được nợ trước hạn khi tổ chức tín dụng chấm dứt cho vay, thu hồi nợ trước hạn; hình thức và nội dung thông báo chấm dứt cho vay, thu hồi nợ trước hạn;

n) Xử lý nợ vay; phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại; quyền và trách nhiệm của các bên;

o) Hiệu lực của hợp đồng tín dụng.

Ngoài các nội dung trên, các bên có thể thỏa thuận các nội dung khác phù hợp với quy định tại Thông tư và quy định của pháp luật có liên quan.

Hợp đồng tín dụng được lập dưới hình thức thỏa thuận cho vay cụ thể hoặc thỏa thuận khung và thỏa thuận cho vay cụ thể. Trường hợp sử dụng hợp đồng theo mẫu hoặc điều kiện giao dịch chung trong giao kết thỏa thuận cho vay, tổ chức tín dụng phải thực hiện: a) Niêm yết công khai hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung về cho vay tại trụ sở và đăng tải trên trang thông tin điện tử của tổ chức tín dụng; b) Cung cấp đầy đủ thông tin về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung cho khách hàng biết trước khi ký kết thỏa thuận cho vay và có xác nhận của khách hàng về việc đã được tổ chức tín dụng cung cấp đầy đủ thông tin.

2.3. Một số nội dung pháp lý khác cần lưu ý

Thứ nhất, mục đích sử dụng vốn vay:

Khách hàng vay vốn tổ chức tín dụng phải đảm bảo sử dụng vốn vay đúng mục đích, hoàn trả nợ gốc và lãi tiền vay đúng thời hạn đã thỏa thuận với tổ chức tín dụng. Mục đích sử dụng vốn vay trong nhu cầu vay vốn của khách hàng là tương đối quan trọng, nó được xem là tiền đề đối với đề xuất vay vốn của khách hàng tại ngân hàng. Trên cơ sở mục đích sử dụng vốn, ngân hàng mới xem xét và quyết định cho khách hàng vay đúng với mục đích mà khách hàng đã đề xuất.

Cần lưu ý, tổ chức tín dụng không được cho vay đối với các nhu cầu vốn:

- Để thực hiện các hoạt động đầu tư kinh doanh thuộc ngành, nghề mà pháp luật cấm đầu tư kinh doanh.
- Để thanh toán các chi phí, đáp ứng các nhu cầu tài chính của các giao dịch, hành vi mà pháp luật cấm.
- Để mua, sử dụng các hàng hóa, dịch vụ thuộc ngành, nghề mà pháp luật cấm đầu tư kinh doanh.
- Để mua vàng miếng.
- Để trả nợ khoản nợ vay tại chính tổ chức tín dụng cho vay trừ trường hợp cho vay để thanh toán lãi tiền vay phát sinh trong quá trình thi công xây dựng công trình,

mà chi phí lãi tiền vay được tính trong dự toán xây dựng công trình được cấp có thẩm quyền phê duyệt theo quy định của pháp luật.

- Để trả nợ khoản nợ vay tại tổ chức tín dụng khác và trả nợ khoản vay nước ngoài, trừ trường hợp cho vay để trả nợ trước hạn khoản vay đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau đây: a) Là khoản vay phục vụ hoạt động kinh doanh; b) Thời hạn cho vay không vượt quá thời hạn cho vay còn lại của khoản vay cũ; c) Là khoản vay chưa thực hiện cơ cấu lại thời hạn trả nợ¹².

Thứ hai, thời hạn cho vay:

Thời hạn cho vay là khoảng thời gian được tính từ ngày tiếp theo của ngày tổ chức tín dụng giải ngân vốn vay cho khách hàng cho đến thời điểm khách hàng phải trả hết nợ gốc và lãi tiền vay theo thỏa thuận của tổ chức tín dụng và khách hàng. Trường hợp ngày cuối cùng của thời hạn cho vay là ngày lễ hoặc ngày nghỉ hàng tuần, thì chuyển sang ngày làm việc tiếp theo. Đối với thời hạn cho vay không đủ một ngày thì thực hiện theo quy định tại BLDS về thời điểm bắt đầu thời hạn.

Thời hạn cho vay do tổ chức tín dụng và khách hàng thỏa thuận trên cơ sở nhu cầu sử dụng của khách hàng. Theo đó, thời hạn cho vay có thể là ngắn hạn, trung hạn hoặc dài hạn. Mỗi loại thời hạn thông thường sẽ được sử dụng cho những mục đích sử dụng vốn khác nhau của khách hàng.

Thứ ba, lãi suất cho vay:

Tổ chức tín dụng và khách hàng thỏa thuận về lãi suất cho vay theo cung cầu vốn thị trường, nhu cầu vay vốn và mức độ tín nhiệm của khách hàng, trừ trường hợp Ngân hàng Nhà nước Việt Nam có quy định về lãi suất cho vay tối đa.

Khi đến hạn thanh toán mà khách hàng không trả hoặc trả không đầy đủ nợ gốc và/hoặc lãi tiền vay theo thỏa thuận, thì khách hàng phải trả lãi tiền vay như sau:

- Lãi trên nợ gốc theo lãi suất cho vay đã thỏa thuận tương ứng với thời hạn vay mà đến hạn chưa trả;

- Trường hợp khách hàng không trả đúng hạn tiền lãi theo quy định tại điểm a khoản này, thì phải trả lãi chậm trả theo mức lãi suất do tổ chức tín dụng và khách

¹² Điều 8 Thông tư 39/2016/TT-NHNN quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng.

hàng thỏa thuận nhưng không vượt quá 10%/năm tính trên số dư lãi chậm trả tương ứng với thời gian chậm trả;

- Trường hợp khoản nợ vay bị chuyển nợ quá hạn, thì khách hàng phải trả lãi trên dư nợ gốc bị quá hạn tương ứng với thời gian chậm trả, lãi suất áp dụng không vượt quá 150% lãi suất cho vay trong hạn tại thời điểm chuyển nợ quá hạn.

Trường hợp áp dụng lãi suất cho vay điều chỉnh, tổ chức tín dụng và khách hàng phải thỏa thuận nguyên tắc và các yếu tố để xác định lãi suất điều chỉnh, thời điểm điều chỉnh lãi suất cho vay. Trường hợp căn cứ các yếu tố để xác định lãi suất điều chỉnh dẫn đến có nhiều mức lãi suất cho vay khác, thì tổ chức tín dụng áp dụng mức lãi suất cho vay thấp nhất¹³.

Thứ tư, tài sản bảo đảm tiền vay:

Để được bảo đảm khoản vay tại tổ chức tín dụng, về cơ bản tài sản phải thỏa mãn các điều kiện sau đây:

(i) Là tài sản hợp pháp và có thể lưu thông trong quan hệ giao dịch dân sự, thương mại;

(ii) Thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm;

(iii) Không thuộc trường hợp bị cấm do pháp luật quy định.

Tài sản bảo đảm khoản vay tại tổ chức tín dụng thường được chia thành động sản và bất động sản. Tùy thuộc vào từng khoản vay, loại tài sản phù hợp sẽ được sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trả nợ. Xuất phát từ những vấn đề phát sinh từ tài sản bảo đảm khoản vay là bất động sản và tài sản gắn liền với bất động sản, ngày 19/3/2021, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành BLDS về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Nghị định này ra đời đã giải quyết một số vấn đề như tài sản bảo đảm, quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất...

Thứ năm, trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ trả nợ của từng loại chủ thể vay vốn

Về nguyên tắc, theo các nội dung đã thỏa thuận trong hợp đồng tín dụng, bên vay (cá nhân, pháp nhân) có trách nhiệm sử dụng tài sản của mình thực hiện nghĩa vụ

¹³ Điều 13 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng.

trả nợ, bao gồm cả gốc và lãi. Với các khoản lãi không chỉ bao gồm lãi đối với nợ gốc mà còn cần phải xác định cả lãi trên nợ gốc quá hạn, lãi trên nợ lãi quá hạn nếu phát sinh các sự kiện trên.

Với trường hợp nghĩa vụ trả nợ thuộc về pháp nhân (doanh nghiệp, hợp tác xã), ngân hàng thường đóng vai trò là chủ nợ có bảo đảm hoặc chủ nợ bảo đảm một phần. Theo quy định của pháp luật phá sản, việc xử lý tài sản bảo đảm để thực hiện nghĩa vụ trả nợ được tiến hành trước khi phân chia tài sản của doanh nghiệp. Trong trường hợp tài sản bảo đảm không đủ để thanh toán cho khoản nợ, phần khoản nợ chưa thanh toán sẽ được giải quyết ở thứ tự thứ 4 sau các khoản: a) Chi phí phá sản; b) Khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với người lao động, quyền lợi khác theo hợp đồng lao động và thỏa ước lao động tập thể đã ký kết; c) Khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản nhằm mục đích phục hồi hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, hợp tác xã. Khoản nợ có bảo đảm chưa được thanh toán do giá trị tài sản bảo đảm không đủ thanh toán nợ được thanh toán cùng thứ tự với các nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước; khoản nợ không có bảo đảm phải trả cho chủ nợ trong danh sách chủ nợ. Nếu giá trị tài sản không đủ để thanh toán theo quy định thì từng đối tượng cùng một thứ tự ưu tiên được thanh toán theo tỷ lệ phần trăm tương ứng với số nợ¹⁴.

Với trường hợp bên vay là cá nhân, nếu cá nhân đã dùng hết tài sản nhưng vẫn còn nợ đối với bên cho vay thì cá nhân đó tiếp tục chịu trách nhiệm đối với khoản nợ cho đến khi trả hết nợ hoặc cá nhân đó chết. Trường hợp cá nhân người vay vốn chết, bị tuyên bố chết khi chưa thực hiện nghĩa vụ trả nợ mà còn di sản thừa kế, theo quy định tại Điều 615 BLDS thì: những người hưởng 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. Trường hợp di sản chưa được chia thì nghĩa vụ tài sản do người chết để lại được người quản lý di sản thực hiện theo thỏa thuận của những người thừa kế trong phạm vi di sản do người chết để lại. Trường hợp di sản đã được chia thì mỗi người thừa kế thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại tương ứng nhưng không vượt quá phần tài sản mà mình đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trường hợp

¹⁴ Điều 54 Luật Phá sản 2014.

người thừa kế không phải là cá nhân hưởng di sản theo di chúc thì cũng phải thực hiện nghĩa vụ tài sản do người chết để lại như người thừa kế là cá nhân.

3. CÁC KHÍA CẠNH PHÁP LÝ CẦN LƯU Ý VỀ HỢP ĐỒNG THẾ CHẤP QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT VÀ TÀI SẢN GẮN LIỀN VỚI ĐẤT

3.1. Quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất được thế chấp theo quy định của pháp luật về đất đai

Thế chấp quyền sử dụng đất để vay vốn ngân hàng là một trong những quyền cơ bản của người sử dụng đất. Theo Điều 167 Luật Đất đai 2013 về “Quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất” quy định hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất được thực hiện quyền thế chấp quyền sử dụng đất để vay vốn tại tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam. Tuy nhiên, đối với đất thuê trả tiền hàng năm thì người sử dụng đất chỉ được thế chấp bằng tài sản thuộc sở hữu mình gắn liền với đất thuê theo quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 179 Luật Đất đai 2013 về ” Quyền và nghĩa vụ của hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất”.

Thời điểm để có thể mang quyền sử dụng đất thế chấp vay vốn ngân hàng, theo quy định tại Điều 168 Luật Đất đai 2013 là khi người sử dụng đất đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Đối với trường hợp chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp thì người sử dụng đất được thực hiện quyền thế chấp sau khi có quyết định giao đất, cho thuê đất của nhà nước; trường hợp nhận thừa kế quyền sử dụng đất thì người sử dụng đất được thực hiện quyền thế chấp khi có đủ điều kiện để cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

Căn cứ khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai 2013, người sử dụng đất được thực hiện quyền thế chấp khi có đủ điều kiện sau:

- Có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.
- Đất không có tranh chấp;
- Quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án;
- Trong thời hạn sử dụng đất.

Với trường hợp thế chấp nhà ở, khoản 1 Điều 118 Luật Nhà ở năm 2014 quy định giao dịch về thế chấp bằng nhà ở thì nhà ở phải có đủ điều kiện sau đây:

– Phải có Giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai (là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng).

– Nhà ở không được thuộc diện đang có tranh chấp, khiếu nại, khiếu kiện về quyền sở hữu; đang trong thời hạn sở hữu nhà ở đối với trường hợp sở hữu nhà ở có thời hạn.

– Nhà ở không bị kê biên để thi hành án hoặc không bị kê biên để chấp hành quyết định hành chính đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền.

– Nhà ở không thuộc diện đã có quyết định thu hồi đất, có thông báo giải tỏa, phá dỡ nhà ở của cơ quan có thẩm quyền.

3.2. Chủ thể giao kết hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất

Chủ thể của hợp đồng thế chấp là cá nhân hoặc pháp nhân.

Đối với pháp nhân, khi giao dịch chủ thể này thì phải xác định đó là tổ chức có đủ bốn điều kiện được công nhận là pháp nhân gồm: i) được thành lập theo quy định của Bộ luật Dân sự và luật khác có liên quan; ii) có cơ cấu tổ chức gồm cơ quan điều hành và có cơ quan khác theo quy định của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật; iii) có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; iv) nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập.

Trên thực tế, gần như phải dựa hoàn toàn vào các văn bản quy phạm pháp luật hoặc quyết định thành lập xác định các tổ chức nào đó có hay không có tư cách pháp nhân. Chẳng hạn, tất cả các công ty đều có tư cách pháp nhân theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2020 (trừ một số trường hợp ngoại lệ bị gọi tên sai luật như một số công ty thuộc tập đoàn, tổng công ty nhà nước). Cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, quỹ xã hội, quỹ từ thiện, doanh nghiệp xã hội và các tổ chức phi thương mại khác là pháp nhân phi thương mại theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 Hay Ban quản trị nhà chung cư có nhiều chủ sở hữu có

tư cách pháp nhân, có con dấu. Văn phòng đăng ký đất đai là đơn vị sự nghiệp công trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường, có tư cách pháp nhân, có trụ sở, con dấu riêng và được mở tài khoản để hoạt động theo quy định của pháp luật. Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập theo quy định của Nghị định này, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng.

Khi giao dịch với pháp nhân thì phải xác định các yếu tố hợp pháp, hợp lệ về điều lệ (trừ trường hợp pháp luật không yêu cầu), tài sản, cơ cấu tổ chức, người đại diện, năng lực pháp luật dân sự, trách nhiệm dân sự của pháp nhân theo quy định.

Không phải cứ có đủ tư cách pháp nhân là có quyền tham gia giao dịch nói chung và hợp đồng thế chấp nói riêng. Kể cả các pháp nhân là doanh nghiệp cũng có những hạn chế nhất định khi tham gia hợp đồng thế chấp, đặc biệt là hợp đồng thế chấp do chủ thể không có thẩm quyền tham gia và ký kết sẽ có nguy cơ rất lớn là bị vô hiệu toàn bộ.

Tất cả các trường hợp tổ chức không phải là pháp nhân thì tham gia giao dịch nói chung, hợp đồng bảo đảm nói riêng với tư cách cá nhân.

Tuy nhiên, các tổ chức không có tư cách pháp nhân, nhưng là một bộ phận phụ thuộc pháp nhân như chi nhánh, phòng giao dịch, văn phòng đại diện, cửa hàng, nhà máy, trung tâm, đơn vị phụ thuộc khác của pháp nhân thì tham gia hợp đồng thế chấp với tư cách của pháp nhân và giới hạn trong trách nhiệm của pháp nhân.

Khi giao dịch với pháp nhân thì phải thông qua người đại diện theo pháp luật hoặc người đại diện hợp pháp theo ủy quyền.

Đối với cá nhân, cá nhân tham gia giao dịch dân sự nói chung, hợp đồng thế chấp nói riêng thì phải có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự.

Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân có quyền dân sự và nghĩa vụ dân sự. Mọi cá nhân đều có năng lực pháp luật dân sự như nhau. Năng lực pháp luật dân sự của cá nhân có từ khi người đó sinh ra và chấm dứt khi người đó chết.

Các hợp đồng thế chấp với bốn nhóm người, gồm người chưa thành niên; người bị mất năng lực hành vi dân sự; người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự, thì phải thông qua người đại diện theo pháp luật hoặc phải được người giám hộ đồng ý.

Hậu quả pháp lý của việc thế chấp tài sản trong trường hợp phải xử lý tài sản bảo đảm để trả nợ cũng tương tự như việc định đoạt tài sản. Vì vậy, trường hợp cha mẹ hoặc người giám hộ quản lý tài sản riêng của trẻ em thì có quyền thế chấp tài sản theo các quy định sau: người giám hộ của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự có trách nhiệm quản lý tài sản của người được giám hộ như tài sản của chính mình; được thực hiện giao dịch dân sự liên quan đến tài sản của người được giám hộ vì lợi ích của người được giám hộ. Việc bán, trao đổi, cho thuê, cho mượn, cho vay, cầm cố, thế chấp, đặt cọc và giao dịch dân sự khác đối với tài sản có giá trị lớn của người được giám hộ phải được sự đồng ý của người giám sát việc giám hộ.

Trường hợp cha mẹ hoặc người giám hộ quản lý tài sản riêng của con dưới 15 tuổi thì có quyền định đoạt tài sản đó vì lợi ích của con, nếu con từ đủ 9 tuổi trở lên thì phải xem xét nguyện vọng của con. Con từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi có quyền định đoạt tài sản riêng, trừ trường hợp tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc dùng tài sản để kinh doanh thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của cha mẹ hoặc người giám hộ. Trong trường hợp con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự thì việc định đoạt tài sản riêng của con do người giám hộ thực hiện.

Việc giám hộ được quy định tại các điều, từ điều 46 đến 63, Bộ luật Dân sự năm 2015, trong đó người giám hộ có thể là cá nhân hoặc pháp nhân, gồm 3 loại:

Thứ nhất, giám hộ đương nhiên là vợ chồng; con; cha mẹ; anh chị ruột; ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại; bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột hoặc dì ruột;

Thứ hai, giám hộ là cá nhân hoặc pháp nhân được ủy ban nhân dân cấp xã cử hoặc được Tòa án chỉ định;

Thứ ba, giám hộ do người được giám hộ tự lựa chọn từ trước.

Trường hợp giám sát việc giám hộ liên quan đến quản lý tài sản của người được giám hộ thì người giám sát phải đăng ký tại ủy ban nhân dân cấp xã nơi cư trú của người được giám hộ.

Khi giao dịch, đối tác không thể tự quyết định được ai là người bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự (trừ căn cứ vào độ tuổi), mà chỉ có thể căn cứ vào phán quyết của Tòa án. Vì vậy, khi có sự nghi ngờ về năng lực hành vi, thì cần hết sức thận trọng để tránh giao dịch bị vô hiệu.

Hợp đồng bảo đảm cần ghi rõ cả nơi cư trú, bao gồm cả thường trú và nơi tạm trú (hay “địa chỉ nơi đăng ký thường trú và nơi ở hiện tại”) của cá nhân theo các quy định sau: Nơi cư trú của công dân là nơi thường trú hoặc nơi tạm trú, là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống. Nơi thường trú là nơi công dân sinh sống thường xuyên, ổn định, không có thời hạn tại một chỗ ở nhất định và đã đăng ký thường trú. Nơi tạm trú là nơi người đó đang sinh sống ngoài nơi đăng ký thường trú và đã đăng ký tạm trú. Trường hợp một bên trong quan hệ dân sự thay đổi nơi cư trú gắn với việc thực hiện quyền, nghĩa vụ thì phải thông báo cho bên kia biết về nơi cư trú mới.

Như vậy, các bên có quyền yêu cầu bên kia, có nghĩa vụ thông báo cho nhau biết khi thay đổi nơi cư trú. Nếu một bên không thực hiện nghĩa vụ này, thì bên kia sẽ không chịu trách nhiệm về việc không thực hiện đúng nghĩa vụ do không nhận được thông tin giao dịch.

3.3. Nội dung cơ bản của hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất

Pháp luật không có quy định cụ thể về các nội dung cơ bản của Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất. Do đó, các bên cùng thỏa thuận để xây dựng hợp đồng. Về cơ bản, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất có các nội dung cơ bản dưới đây:

- Thông tin của các bên thế chấp, gồm: Họ tên, năm sinh, Chứng minh nhân dân/Căn cước công dân, địa chỉ, số điện thoại...;
- Thông tin về thửa đất thế chấp, về tài sản gắn liền với đất: Số thửa đất, số tờ bản đồ, địa chỉ thửa đất, loại đất, hình thức sử dụng...
- Thời hạn thế chấp: Do các bên thỏa thuận hoặc cho đến khi chấm dứt nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp;
- Quyền và nghĩa vụ của các bên;
- Đăng ký thế chấp và nộp lệ phí: Quy định rõ thuộc trách nhiệm của ai; nộp những khoản phí, lệ phí nào?...
- Xử lý tài sản thế chấp: Phương thức xử lý tài sản thế chấp, số tiền thu được từ việc xử lý tài sản thế chấp sẽ được thanh toán cho ai theo thứ tự như thế nào;...

- Hiệu lực và chấm dứt hợp đồng;
- Giải quyết tranh chấp;
- Các điều khoản bảo mật, bất khả kháng;
- Các thỏa thuận khác phù hợp quy định pháp luật.

3.4. Hồ sơ, thủ tục thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất

Khi thực hiện nhận thế chấp quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất, ngân hàng sẽ tiến hành những thủ tục sau với sự phối hợp cùng với khách hàng là bên thế chấp:

- Kiểm tra tính pháp của tài sản thế chấp theo quy định tại Điều 188 Luật Đất đai 2013 về “Điều kiện thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất; Góp vốn bằng quyền sử dụng đất”, gồm: (1) Kiểm tra Giấy chứng nhận hoặc các giấy tờ hợp pháp khác quy định tại khoản 3 Điều 186 và khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai 2013 để xác định tính xác thực của giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất, nghĩa vụ tài chính liên quan đến quyền sử dụng đất; (2) Kiểm tra lại chính quyền địa phương để xác định đất không có tranh chấp, quyền sử dụng đất không bị kê biên để đảm bảo thi hành án;

- Kiểm tra thực địa, khảo sát, đo đạc và tiến hành định giá tài sản;

- Nhận bản gốc giấy chứng nhận hoặc các giấy tờ hợp pháp khác theo quy định của Luật Đất đai 2013;

- Lập và ký hợp đồng thế chấp giữa ngân hàng và bên thế chấp (người có quyền sử dụng đất), thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp tại tổ chức hành nghề công chứng;

- Tiến hành việc đăng ký thế chấp tại văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thuộc Sở tài nguyên môi trường và Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thuộc phòng tài nguyên môi trường và Môi trường quận, huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh.

3.4. Hiệu lực của hợp đồng thế chấp và hợp đồng thế chấp vô hiệu

Liên quan đến hiệu lực của hợp đồng thế chấp, hợp đồng thế chấp là một giao dịch dân sự nên theo Điều 117 BLDS năm 2015 quy định giao dịch dân sự có hiệu lực khi có đủ các điều kiện sau: Chủ thể có năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự

phù hợp với giao dịch dân sự được xác lập; chủ thể tham gia giao dịch dân sự hoàn toàn tự nguyện; mục đích và nội dung của giao dịch dân sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội; hình thức của giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự trong trường hợp luật có quy định.

Theo Điều 22 Nghị định 21/2021/NĐ-CP Quy định về thi hành bộ luật Dân sự về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ, hiệu lực của hợp đồng bảo đảm được quy định như sau:

- Hợp đồng bảo đảm được công chứng, chứng thực theo quy định của Bộ luật Dân sự, luật khác liên quan hoặc theo yêu cầu thì có hiệu lực từ thời điểm được công chứng, chứng thực.

- Hợp đồng bảo đảm không thuộc trường hợp trên thì có hiệu lực từ thời điểm do các bên thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận thì có hiệu lực từ thời điểm hợp đồng được giao kết.

Trường hợp tài sản bảo đảm được rút bớt theo thỏa thuận thì phần nội dung hợp đồng bảo đảm liên quan đến tài sản được rút bớt không còn hiệu lực; tài sản bảo đảm được bổ sung hoặc thay thế thì việc sửa đổi, bổ sung hợp đồng bảo đảm liên quan đến tài sản này thực hiện theo quy định của Bộ luật Dân sự, luật khác liên quan.

Biện pháp bảo đảm chưa phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba không làm thay đổi hoặc không làm chấm dứt hiệu lực của hợp đồng bảo đảm.

Hợp đồng bảo đảm vô hiệu:

- Hợp đồng thế chấp vô hiệu khi vi phạm các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự theo Điều 117 BLDS năm 2015. Khi giao dịch bảo đảm vô hiệu các bên có quyền tự quyết định, định đoạt yêu cầu hoặc không yêu cầu giao dịch bảo đảm vô hiệu. Thẩm quyền tuyên bố giao dịch bảo đảm vô hiệu thuộc về toà án, thời hiệu yêu cầu toà án tuyên bố giao dịch bảo đảm vô hiệu theo Điều 125, 126, 127, 128, 129 BLDS năm 2015 là 02 năm kể từ ngày hợp đồng được xác lập. Đối với các hợp đồng được quy định tại Điều 123, 124 BLDS năm 2015 thì thời hiệu yêu cầu toà án tuyên bố giao dịch bảo đảm vô hiệu không bị hạn chế.

- Điều 131 BLDS năm 2015 quy định: giao dịch bảo đảm vô hiệu sẽ không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền và nghĩa vụ của các bên kể từ thời điểm xác lập

hợp đồng. Các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền, trừ trường hợp tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức thu được bị tịch thu theo quy định của pháp luật. Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường.

- Giao dịch bảo đảm vô hiệu thì ảnh hưởng đến hợp đồng tín dụng, cụ thể là: i) Vi phạm quy định về bảo đảm tiền vay theo quy định tại khoản 1 Điều 94 Luật Tổ chức tín dụng năm 2010; ii) Ảnh hưởng đến khả năng thu hồi tiền cho vay khi người vay không thực hiện, thực hiện không đúng, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ theo hợp đồng. Khi giao dịch bảo đảm vô hiệu các bên có thể thỏa thuận biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ thay thế giao dịch bảo đảm vô hiệu cho phù hợp với khoản 1 Điều 94 luật tổ chức tín dụng năm 2010. Trường hợp giao dịch bảo đảm vô hiệu do vi phạm hình thức thì các bên phải hoàn tất các thủ tục cần thiết để bảo đảm tuân thủ quy định về hình thức của giao dịch dân sự.

3.5. Xử lý tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất

Thứ nhất, nguyên tắc xử lý tài sản bảo đảm

- Việc xử lý tài sản bảo đảm chỉ được tiến hành khi xảy ra các trường hợp:

(i) Đến hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ;

(ii) Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật;

(iii) Trường hợp khác do các bên thỏa thuận hoặc luật có quy định”

- Việc xử lý tài sản bảo đảm được thực hiện theo thỏa thuận của các bên.

- Việc xử lý tài sản bảo đảm phải được thực hiện một cách khách quan, công khai, minh bạch, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tham gia giao dịch bảo đảm, cá nhân, tổ chức có liên quan.

Thứ hai, các phương thức xử lý tài sản bảo đảm

Bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận một trong các phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp sau đây:

- Bán đấu giá tài sản: Việc bán đấu giá tài sản cầm cố, thế chấp được thực hiện theo quy định của pháp luật về bán đấu giá tài sản.

- Bên nhận bảo đảm tự bán tài sản: Việc tự bán tài sản cầm cố, thế chấp của bên nhận bảo đảm được thực hiện theo quy định về bán tài sản trong BLDS và quy định sau đây:

+ Việc thanh toán số tiền có được từ việc xử lý tài sản được thực hiện theo quy định tại Điều 307 của Bộ luật này;

+ Sau khi có kết quả bán tài sản thì chủ sở hữu tài sản và bên có quyền xử lý tài sản phải thực hiện các thủ tục theo quy định của pháp luật để chuyển quyền sở hữu tài sản cho bên mua tài sản.

- Bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm: Bên nhận bảo đảm được quyền nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm nếu có thỏa thuận khi xác lập giao dịch bảo đảm.

Trường hợp không có thỏa thuận thì bên nhận bảo đảm chỉ được nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ khi bên bảo đảm đồng ý bằng văn bản.

Trường hợp giá trị của tài sản bảo đảm lớn hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm thì bên nhận bảo đảm phải thanh toán số tiền chênh lệch đó cho bên bảo đảm; trường hợp giá trị tài sản bảo đảm nhỏ hơn giá trị của nghĩa vụ được bảo đảm thì phần nghĩa vụ chưa được thanh toán trở thành nghĩa vụ không có bảo đảm.

Bên bảo đảm có nghĩa vụ thực hiện các thủ tục chuyển quyền sở hữu tài sản cho bên nhận bảo đảm theo quy định của pháp luật.

- Phương thức khác.

Trường hợp không có thỏa thuận về phương thức xử lý tài sản bảo đảm thì tài sản được bán đấu giá, trừ trường hợp luật có quy định khác¹⁵.

Thứ ba, thứ tự ưu tiên thanh toán

¹⁵ Điều 303, 304, 305 BLDS 2015.

Khi một tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ thì thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận bảo đảm được xác định như sau:

- Trường hợp các biện pháp bảo đảm đều phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập hiệu lực đối kháng;

- Trường hợp có biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba và có biện pháp bảo đảm không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì nghĩa vụ có biện pháp bảo đảm có hiệu lực đối kháng với người thứ ba được thanh toán trước;

- Trường hợp các biện pháp bảo đảm đều không phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập biện pháp bảo đảm.

Thứ tự ưu tiên thanh toán quy định tại khoản 1 Điều này có thể thay đổi, nếu các bên cùng nhận bảo đảm có thỏa thuận thay đổi thứ tự ưu tiên thanh toán cho nhau. Bên thế quyền ưu tiên thanh toán chỉ được ưu tiên thanh toán trong phạm vi bảo đảm của bên mà mình thế quyền¹⁶.

Thứ tự, thủ tục xử lý tài sản bảo đảm

(1) Thông báo cho bên bảo đảm về việc xử lý tài sản bảo đảm

Văn bản thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm có nội dung chủ yếu sau đây:

- Lý do xử lý tài sản bảo đảm;
- Tài sản bảo đảm sẽ bị xử lý;
- Thời gian, địa điểm xử lý tài sản bảo đảm.

Phương thức thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm thực hiện theo thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận thì bên nhận bảo đảm gửi trực tiếp văn bản thông báo cho bên bảo đảm hoặc thông qua ủy quyền, dịch vụ bưu chính, phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu hoặc phương thức khác đến địa chỉ được bên bảo đảm cung cấp.

¹⁶ Điều 308 BLDS 2015.

Trường hợp bên bảo đảm thay đổi địa chỉ mà không thông báo cho bên nhận bảo đảm biết thì địa chỉ của bên bảo đảm được xác định theo địa chỉ đã được bên bảo đảm cung cấp trước đó, theo hợp đồng bảo đảm hoặc theo thông tin được lưu trữ tại cơ quan đăng ký biện pháp bảo đảm.

Trường hợp một tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ hoặc được giữ bởi người khác thì văn bản thông báo phải được gửi đồng thời cho bên bảo đảm, các bên cùng nhận bảo đảm khác (nếu có) và người giữ tài sản bảo đảm.

Trường hợp một tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ mà có nhiều bên cùng nhận bảo đảm thì ngoài phương thức thông báo quy định tại khoản 2 Điều này còn có thể thực hiện bằng phương thức đăng ký văn bản thông báo xử lý tài sản bảo đảm theo quy định của pháp luật về đăng ký biện pháp bảo đảm.

Thời hạn thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm cho bên bảo đảm phải thực hiện theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm hoặc thỏa thuận khác. Trường hợp không có thỏa thuận thì phải thực hiện trong thời hạn hợp lý, nhưng trước ít nhất 10 ngày đối với động sản hoặc trước ít nhất 15 ngày đối với bất động sản tính đến thời điểm xử lý tài sản bảo đảm, trừ trường hợp tài sản bảo đảm bị xử lý ngay theo quy định tại khoản 1 Điều 300 của Bộ luật Dân sự.

Trường hợp tài sản bảo đảm là chứng khoán niêm yết, hàng hóa trên sàn giao dịch hàng hóa hoặc động sản khác có thể xác định được giá cụ thể, rõ ràng trên thị trường thì thực hiện theo quy định tại khoản 3 Điều 52 Nghị định 21/2021/NĐ-CP

(2) Thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý

Hiện nay BLDS 2015 không có quy định cụ thể về quyền thu giữ tài sản bảo đảm, theo đó, Điều 301 chỉ quy định trường hợp người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác. Để bảo đảm thực thi quyền xử lý tài sản bảo đảm của bên nhận bảo đảm, BLDS 2015 đã ghi nhận quyền truy đòi tài sản bảo đảm để xử lý tài sản bảo đảm (Khoản 2 Điều 297) và nghĩa vụ giao tài sản cho bên nhận bảo đảm để xử lý của người đang giữ tài sản khi có căn cứ xử lý tài sản bảo đảm quy định tại Điều 299 BLDS 2015. Trường hợp người giữ tài sản không chuyển giao để thu hồi tài sản mà

phải yêu cầu Toà án giải quyết. Quy định này nhằm ngăn ngừa trường hợp bên nhận bảo đảm cố ý gây mất trật tự xã hội hoặc cưỡng đoạt tài sản trái pháp luật

Trình tự thủ tục thu giữ để xử lý tài sản bảo đảm hiện nay được quy định cụ thể, chi tiết hơn tại Điều 7 Nghị quyết 42/2017/QH14, theo đó: thời gian, địa điểm phải tiến hành niêm yết, thông báo trước khi thực hiện thủ tục thu giữ tài sản bảo đảm, việc đăng tải thông tin công khai, gửi văn bản, thông báo cho cơ quan có thẩm quyền (Ủy ban nhân dân, cơ quan Công an)... phải được các ngân hàng thương mại tuân thủ đúng các thủ tục trên theo quy định của pháp luật.

(3) Lập biên bản xử lý tài sản bảo đảm

Biên bản xử lý tài sản bảo đảm phải ghi rõ việc bàn giao, tiếp nhận tài sản bảo đảm, phương thức xử lý tài sản bảo đảm, quyền, nghĩa vụ của các bên và các thỏa thuận khác.

Các bên phải thỏa thuận về giá tài sản bảo đảm bị xử lý tại thời điểm xử lý tài sản và lập biên bản thỏa thuận việc định giá tài sản. Việc định giá tài sản bảo đảm phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường, đây là một yêu cầu phù hợp nhằm tránh việc tài sản bảo đảm được định giá dưới mức giá thị trường (nhất là trong trường hợp bên nhận bảo đảm tự bán tài sản bảo đảm để xử lý), ảnh hưởng đến quyền lợi của bên bảo đảm. Trường hợp các bên không thỏa thuận được về giá tài sản bảo đảm thì ngân hàng thương mại thuê tổ chức tư vấn, tổ chức chuyên môn xác định giá và quyết định giá xử lý tài sản theo giá mà tổ chức chuyên môn đưa ra hoặc theo giá quy định của nhà nước (nếu có). Tổ chức định giá phải bồi thường thiệt hại nếu có hành vi trái pháp luật mà gây thiệt hại cho bên bảo đảm, bên nhận bảo đảm trong quá trình định giá tài sản bảo đảm¹⁷.

(4) Áp dụng phương thức xử lý tài sản

Việc áp dụng các phương thức xử lý tài sản được thực hiện thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật.

Thứ năm, một số quy định khác liên quan đến xử lý tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất

¹⁷ Điều 306 BLDS 2015

Một số trường hợp rất cần lưu tâm trên thực tế giao dịch bảo đảm của ngân hàng có thể đề cập tới là:

(1) Thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất

Trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì tài sản được xử lý bao gồm cả tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì khi xử lý quyền sử dụng đất, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của mình; quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người nhận chuyển quyền sử dụng đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

(2) Thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất

Trường hợp chỉ thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất đồng thời là người sử dụng đất thì tài sản được xử lý bao gồm cả quyền sử dụng đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trường hợp chỉ thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất không đồng thời là người sử dụng đất thì khi xử lý tài sản gắn liền với đất, người nhận chuyển quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

(3) Thế chấp liên quan đến tài sản cho thuê, cho mượn

Trường hợp tài sản đang cho thuê, cho mượn được dùng để thế chấp thì bên thế chấp phải thông báo cho bên nhận thế chấp biết.

Việc tài sản thế chấp đang được cho thuê, cho mượn bị xử lý theo trường hợp quy định tại Điều 299 của Bộ luật Dân sự không làm chấm dứt hợp đồng thuê, hợp đồng mượn; bên thuê, bên mượn được tiếp tục thuê, mượn cho đến khi hết thời hạn theo hợp đồng.

Trường hợp biện pháp thế chấp đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba mà bên thế chấp dùng tài sản thế chấp để cho thuê, cho mượn nhưng không thông báo cho bên nhận thế chấp biết thì hợp đồng thuê, hợp đồng mượn chấm dứt tại thời điểm xử lý tài sản thế chấp. Quyền, nghĩa vụ giữa bên thế chấp và bên thuê, bên mượn được giải quyết theo thỏa thuận trong hợp đồng thuê tài sản, hợp đồng mượn tài sản, quy định của Bộ luật Dân sự, luật khác liên quan.

(4) Giải quyết trường hợp tài sản là đối tượng của giao dịch dân sự vô hiệu được dùng để thế chấp

Trường hợp tài sản là đối tượng của giao dịch dân sự vô hiệu được dùng để thế chấp mà đã được chuyển giao cho bên nhận thế chấp ngay tình trong các trường hợp quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự thì hợp đồng thế chấp không bị vô hiệu; quyền, nghĩa vụ của các bên liên quan thực hiện theo quy định tại khoản 3 Điều 133 của Bộ luật Dân sự.

Chuyển giao tài sản thế chấp là việc bên thế chấp không giao tài sản thế chấp nhưng bên nhận thế chấp đã giữ Giấy chứng nhận về tài sản thế chấp theo thỏa thuận hoặc đã thực hiện biện pháp thực tế cần thiết khác để bên thế chấp không vi phạm nghĩa vụ quy định tại Điều 320 của Bộ luật Dân sự.

(5) Giải quyết trường hợp bên bảo đảm hoặc người có nghĩa vụ được bảo đảm là cá nhân chết hoặc bị Tòa án ra quyết định tuyên bố là đã chết

Trường hợp bên bảo đảm, người có nghĩa vụ được bảo đảm là cá nhân chết hoặc bị Tòa án ra quyết định tuyên bố là đã chết thì việc thực hiện nghĩa vụ và xử lý tài sản bảo đảm thực hiện theo hợp đồng bảo đảm hoặc thỏa thuận khác đã được xác lập trước thời điểm bên bảo đảm, người có nghĩa vụ được bảo đảm chết hoặc trước thời điểm bị Tòa án ra quyết định tuyên bố là đã chết.

Trường hợp xác định được người hưởng di sản mà di sản đó đang là tài sản bảo đảm, người quản lý di sản mà di sản đó đang là tài sản bảo đảm thì bên nhận bảo đảm phải thông báo về việc xử lý tài sản bảo đảm cho người này theo địa chỉ được xác định như thông báo cho bên bảo đảm quy định tại Điều 51 Nghị định này.

Trường hợp chưa xác định được người hưởng di sản mà di sản đó đang là tài sản bảo đảm, người quản lý di sản mà di sản đó đang là tài sản bảo đảm mà nghĩa vụ

được bảo đảm đã đến hạn thực hiện thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết.

(6) Xử lý tài sản bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai

Việc xử lý tài sản bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai thực hiện theo thỏa thuận của các bên. Thỏa thuận này có thể có các nội dung sau đây:

- Trường hợp tài sản bảo đảm chưa hình thành hoặc đã hình thành nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận trong trường hợp thuộc đối tượng phải đăng ký theo quy định của pháp luật thì bên nhận bảo đảm có thể chuyển nhượng hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng khác về xác lập quyền đối với tài sản hình thành trong tương lai, nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm hoặc bán tài sản hình thành trong tương lai theo quy định của pháp luật;

- Trường hợp tài sản bảo đảm đã hình thành và bên bảo đảm đã xác lập quyền sở hữu đối với tài sản thì bên nhận bảo đảm có thể nhận chính tài sản này để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm hoặc xử lý theo quy định chung về xử lý tài sản bảo đảm đối với tài sản hiện có.