

**BỘ GIÁO DỤC VÀ ĐÀO TẠO  
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT TP. HỒ CHÍ MINH**



**HUỖNH ANH**

**BẢO ĐẢM NGHĨA VỤ BẰNG QUYỀN TÀI SẢN TẠI  
CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM**

**LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC**

**TP.HỒ CHÍ MINH, 2023**



## MỤC LỤC

	Trang
1. Tính cấp thiết của đề tài.....	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài.....	3
3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu đề tài.....	4
4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của đề tài.....	5
5. Các điểm mới của luận án.....	6
6. Kết cấu của luận án .....	7
<b>CHƯƠNG 1.....</b>	<b>8</b>
<b>TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Tình hình nghiên cứu trong nước và ngoài nước .....</b>	<b>8</b>
1.1.1 Các công trình nghiên cứu về quyền tài sản .....	8
1.1.2 Các công trình nghiên cứu về bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại .....	13
1.1.3 Các công trình nghiên cứu bảo đảm nghĩa vụ và điều kiện của quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại.....	16
1.1.4 Các công trình nghiên cứu về xử lý các quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ và xác định thứ tự ưu tiên thanh toán tại các ngân hàng thương mại .....	21
<b>1.2 Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu.....</b>	<b>26</b>
<b>1.3 Cơ sở lý thuyết của đề tài .....</b>	<b>28</b>
1.3.1 Lý thuyết về rủi ro, quản trị rủi ro trong hoạt động ngân hàng.....	28
1.3.2 Lý thuyết về tài sản.....	29
1.3.3 Lý thuyết về quyền sở hữu .....	33
1.3.4 Lý thuyết vật quyền và trái quyền.....	34
1.3.5 Lý thuyết về chi phí giao dịch.....	35
1.3.6 Lý thuyết về hợp đồng.....	36
<b>1.4 Phương pháp luận, cách tiếp cận và phương pháp nghiên cứu.....</b>	<b>36</b>
1.4.1 Phương pháp luận .....	36
1.4.2 Về cách tiếp cận của luận án.....	37
1.4.3 Phương pháp nghiên cứu .....	38
<b>KẾT LUẬN CHƯƠNG 1.....</b>	<b>40</b>

<b>CHƯƠNG 2.....</b>	<b>41</b>
<b>NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ QUYỀN TÀI SẢN VÀ BẢO ĐẢM NGHĨA VỤ BẰNG QUYỀN TÀI SẢN TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI.....</b>	<b>41</b>
<b>2.1 Khái niệm, phân loại quyền tài sản .....</b>	<b>41</b>
2.1.1 Khái niệm quyền tài sản .....	41
2.1.2 Phân loại quyền tài sản .....	47
<b>2.2 Các loại quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại .....</b>	<b>48</b>
2.2.1 Quan niệm về quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ.....	48
2.2.2 Các loại quyền tài sản cụ thể được dùng bảo đảm nghĩa vụ theo pháp luật Việt Nam .....	51
<b>2.3 Khái niệm bảo đảm nghĩa vụ, bản chất, đặc trưng của bảo đảm nghĩa vụ nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại.....</b>	<b>73</b>
2.3.1 Khái niệm bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại .....	73
2.3.2 Bản chất của bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại .....	74
2.3.3 Đặc trưng của bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại.....	75
<b>2.4 Các loại nghĩa vụ được dùng quyền tài sản để bảo đảm trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại.....</b>	<b>76</b>
<b>2.5 Các biện pháp bảo đảm được áp dụng đối với quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại.....</b>	<b>77</b>
<b>2.6 Một số nội dung cụ thể trong bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại.....</b>	<b>80</b>
2.6.1 Điều kiện của quyền tài được dùng bảo đảm nghĩa vụ .....	80
2.6.2 Xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại .....	86
<b>2.7 Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về các loại quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ.....</b>	<b>93</b>
2.7.1 Pháp luật nên tiếp cận theo chức năng đối với quyền tài sản được dùng bảo đảm .....	93
2.7.2 Ghi nhận trường hợp ngoại lệ các quyền có nội dung kinh tế được dùng bảo đảm .....	94
2.7.3 Xác định rõ hơn các quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ .....	95

<b>CHƯƠNG 3.....</b>	<b>99</b>
<b>ĐIỀU KIỆN ĐỂ QUYỀN TÀI SẢN ĐƯỢC DÙNG BẢO ĐẢM TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI.....</b>	<b>99</b>
<b>3.1 <i>Thực trạng pháp luật về điều kiện của quyền tài sản dùng để bảo đảm tại các ngân hàng thương mại.....</i></b>	<b>99</b>
3.1.1 <i>Về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm.....</i>	99
3.1.2 <i>Về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự.....</i>	113
3.1.3 <i>Điều kiện về tính xác định của quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại.....</i>	118
<b>3.2 <i>Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về điều kiện để quyền tài sản được dùng bảo đảm tại các ngân hàng thương mại.....</i></b>	<b>125</b>
3.2.1 <i>Hoàn thiện quy định về điều kiện quyền tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm.....</i>	125
3.2.2 <i>Hoàn thiện quy định về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải có thể chuyển giao.....</i>	129
3.2.3 <i>Hoàn thiện các quy định liên quan đến tính xác định của quyền tài sản được dùng bảo đảm.....</i>	129
3.2.4 <i>Về xác định quyền tài sản bảo đảm hình thành trong tương lai.....</i>	130
<b>CHƯƠNG 4.....</b>	<b>135</b>
<b>XỬ LÝ QUYỀN TÀI SẢN ĐƯỢC DÙNG BẢO ĐẢM.....</b>	<b>135</b>
<b>TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI.....</b>	<b>135</b>
<b>4.1 <i>Thực trạng pháp luật về xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại.....</i></b>	<b>135</b>
4.1.1 <i>Căn cứ xử lý quyền tài sản bảo đảm.....</i>	135
4.1.2 <i>Thẩm quyền xử lý quyền tài sản bảo đảm.....</i>	135
4.1.3 <i>Quyền tài sản được xử lý.....</i>	136
4.1.4 <i>Quy trình xử lý quyền tài sản bảo đảm.....</i>	142
4.1.5 <i>Xác định thứ tự ưu tiên khi xử lý quyền tài sản bảo đảm.....</i>	155
4.1.6 <i>Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với bên thứ ba trong một số trường hợp đặc biệt.....</i>	160

<b>4.2 Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại .....</b>	<b>169</b>
4.2.1 Hoàn thiện pháp luật về xác định phạm vi quyền tài sản bảo đảm để xử lý...	169
4.2.2 Hoàn thiện pháp luật về quy trình xử lý quyền tài sản bảo đảm.....	172
4.2.3 Hoàn thiện pháp luật về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý quyền tài sản bảo đảm.....	173
<b>KẾT LUẬN CHƯƠNG 4 .....</b>	<b>179</b>
<b>KẾT LUẬN CHUNG .....</b>	<b>181</b>

## DANH MỤC THUẬT NGỮ VIẾT TẮT

BLDS	Bộ luật Dân sự
NH	Ngân hàng
NHTM	Ngân hàng thương mại
QTS	Quyền tài sản
QTSBĐ	Quyền tài sản bảo đảm
QSĐĐ	Quyền sử dụng đất
SHTT	Sở hữu trí tuệ
TAND	Tòa án nhân dân
TCTD	Tổ chức tín dụng
TSBĐ	Tài sản bảo đảm

## MỞ ĐẦU

### 1. Tính cấp thiết của đề tài

Cấp tín dụng là một trong những hoạt động chủ yếu của ngân hàng thương mại (NHTM). Các NHTM thường yêu cầu bên được cấp tín dụng dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho khoản tín dụng được cấp. Đây vừa là biện pháp phòng ngừa rủi ro, vừa là cơ chế thúc đẩy tín dụng của hệ thống NHTM.

Trong nền kinh tế thị trường, nền kinh tế tri thức như hiện nay, sự phát triển đang hướng tới cách mạng công nghiệp lần thứ tư, các QTS - một loại tài sản có khả năng tạo ra các giá trị mới- ngày càng phong phú, đa dạng. Tuy nhiên, nguồn lực này chưa được khai thác hiệu quả ở khía cạnh hầu hết các QTS chưa được vốn hóa để đáp ứng cho yêu cầu phát triển của doanh nghiệp nói riêng, nền kinh tế nói chung. Bởi lẽ, các NHTM còn dè dặt khi nhận QTS bảo đảm vì lo ngại rủi ro tín dụng<sup>1</sup>.

Hiện nay, các tài sản vô hình (QTS) ngày càng chiếm tỉ trọng cao trong tổng khối lượng tài sản của doanh nghiệp<sup>2</sup>, việc có thể sử dụng các tài sản này để bảo đảm các khoản vay đáp ứng nhu cầu vốn sẽ có ý nghĩa rất quan trọng đối với doanh nghiệp. Đặc biệt, ở một quốc gia đang phát triển như Việt Nam, các doanh nghiệp vừa và nhỏ đang chiếm số lượng lớn<sup>3</sup>, tài sản các doanh nghiệp này sở hữu chủ yếu dưới dạng QTS. Vì thế, một cơ chế giúp QTS thuận lợi trở thành TSBĐ, giúp doanh nghiệp có vốn sản xuất thông qua hoạt động cấp tín dụng của NHTM sẽ góp phần quan trọng trong việc khơi thông nguồn vốn cho nền kinh tế, thúc đẩy kinh tế phát triển.

QTS hầu hết có tính đặc thù là vô hình nên việc nhận chúng để bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cấp tín dụng có những khó khăn và có khả năng dẫn đến rủi ro nếu thiếu cơ chế điều chỉnh hiệu quả. Tính vô hình đặt ra một số thách thức khi xác định các điều kiện để QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, đó là những khó khăn khi xác định chủ sở hữu, khó khăn trong việc xác định khả năng chuyển giao, đặc biệt khó khăn trong xác định chính xác QTS là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ, bởi mô tả QTS vốn vô hình, không tồn tại dưới dạng vật chất vật lý cụ thể nhưng phải đảm bảo xác định được cũng có khó khăn nhất định. Bên cạnh đó, khi xem xét một QTS để nhận

---

<sup>1</sup> Thực tiễn cho thấy, các QTS có tiềm năng lớn như QTS đối với đối tượng quyền SHTT, quyền đòi nợ, các quyền tài sản phát sinh từ việc góp vốn có giá trị lớn nhưng số lượng dùng bảo đảm tại NHTM rất ít.

<sup>2</sup> Việt Nam có hơn 500 doanh nghiệp vừa và nhỏ dựa trên tài sản trí tuệ, dựa trên giá trị tài sản công nghệ. Có hơn 3.000 doanh nghiệp khởi nghiệp dựa trên công nghệ. Đây là các doanh nghiệp có tiềm năng và có thể phát triển nhanh. Hiện Việt Nam có 2 doanh nghiệp khởi nghiệp được đánh giá tỷ USD, hơn 10 doanh nghiệp được đánh giá hơn 100 triệu USD và rất nhiều doanh nghiệp được đánh giá hàng chục triệu USD. Xem: Bùi Trang (2021), “Sử dụng tài sản trí tuệ để tiếp cận nguồn vốn phát triển”, [<https://thitruongtaichinhhtiente.vn/su-dung-tai-san-tri-tue-de-tiep-can-nguon-von-phat-trien-36024.html>], (truy cập ngày 21/06/2021).

<sup>3</sup>Theo sách trắng doanh nghiệp 2021, tại thời điểm 31/12/2019 có 449.031 doanh nghiệp quy mô siêu nhỏ, chiếm 67,2 % số doanh nghiệp cả nước; có 179.319 doanh nghiệp quy mô nhỏ, chiếm 26,8 %, có 22.788 doanh nghiệp quy mô vừa, chiếm 3,5%; có 17.367 doanh nghiệp quy mô lớn, chỉ chiếm 2,5%. Xem thêm <https://www.gso.gov.vn/wp-content/uploads/2021/08/02-Sach-trang-DNVN-2021-so-lieu.pdf> (truy cập 29/9/2020 lúc 21:05')



bảo đảm, NHTM còn tính toán đến khả năng kiểm soát, quản lý nhằm hạn chế việc tài sản bị thiệt hại, giảm sút giá trị, tính toán khả năng QTS có thể xử lý được khi vi phạm nghĩa vụ xảy ra như: việc định đoạt, chuyển giao QTS khi xử lý đề thu hồi nợ có dễ dàng thuận lợi không, có đảm bảo được quyền lợi của NH không.

Bên cạnh tính vô hình, các QTS thường liên quan đến chủ thể thứ ba, đồng thời mỗi loại QTS còn có những đặc trưng riêng biệt, đòi hỏi pháp luật liên quan điều chỉnh tương thích. Thực tiễn đã cho thấy những bất cập liên quan người thứ ba như người mắc nợ không hợp tác trong trường hợp quyền đòi nợ là TSBĐ cần xử lý; những người có trách nhiệm trong doanh nghiệp, mối quan hệ lợi ích và hợp tác giữa các chủ thể này khi phần vốn góp của thành viên doanh nghiệp được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ đang thiếu những quy định cụ thể, rõ ràng; chủ thể của quyền bề mặt, quyền hưởng dụng (là những quyền khá mới) có quyền lợi gắn liền với QSDĐ cần có quy định đảm bảo dung hòa lợi ích giữa các chủ thể liên quan QSDĐ bảo đảm. Như vậy, ở góc độ các chủ thể không tham gia quan hệ bảo đảm nhưng có lợi ích liên quan đến QTS được sử dụng bảo đảm cũng cần xây dựng một hệ thống pháp luật minh bạch, dự liệu được các trường hợp phát sinh xung đột lợi ích giữa nhiều chủ thể cùng có lợi ích liên quan đến QTS bảo đảm và một trật tự công bằng để giải quyết các xung đột đó.

Quan sát các NHTM và các bản án, quyết định của các Tòa án trong giải quyết tranh chấp liên quan đến quan hệ bảo đảm bảo có đối tượng là QTS, nhận thấy khá nhiều bất cập, vướng mắc như quá trình xử lý QTS được dùng bảo đảm khó khăn trong việc truy đòi TSBĐ, trong việc định đoạt TSBĐ, trong xác định phạm vi TSBĐ để xử lý, trong xác định thứ tự ưu tiên giữa các chủ thể có lợi ích liên quan. Những khó khăn này xuất phát từ việc pháp luật chưa có quy định về quyền truy đòi đủ mạnh, quyền định đoạt của NH đủ mạnh để NH có thể thuận lợi xử lý QTS, những quy định còn thiếu rõ ràng trong xác định phạm vi QTS được dùng bảo đảm để xử lý, đặc biệt khi có sự xuất hiện của các tài sản phái sinh, các quy định về xác định thứ tự ưu tiên chưa đầy đủ và chưa có tính hệ thống.

Bên cạnh đó, thực tiễn áp dụng cho thấy các quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS còn nhiều vướng mắc, chưa có sự thống nhất giữa các Tòa án. Những nỗ lực của Nhà nước ta trong việc hoàn thiện các quy định về giao dịch bảo đảm mặc dù đáng chú ý, đặc biệt gần đây là sự ra đời của NĐ 21/2021/NĐ-CP. Tuy nhiên, quy định về giao dịch bảo đảm vẫn còn hạn chế, chưa có tính hệ thống, và chưa dự liệu đầy đủ đến đặc trưng của các QTS khi xây dựng quy định về bảo đảm nghĩa vụ. Tất cả những điều trên cho phép kết luận rằng, ở góc độ NHTM, sự chưa hoàn thiện của quy định về QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ cũng như các quy định liên quan là một trong những nguyên nhân NHTM dè dặt cấp tín dụng nhận bảo đảm bằng QTS.

Làm thế nào để tạo ra một khuôn khổ pháp lý nhằm thúc đẩy hơn nữa hoạt động cấp tín dụng có TSBĐ dựa trên QTS và giải quyết những lo ngại của NHTM nhận bảo

đảm về rủi ro liên quan đến loại tài sản này. Để tìm kiếm những giải pháp hợp lý, việc nghiên cứu những vấn đề lý luận và thực tiễn áp dụng trong bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS là rất cần thiết. Xuất phát từ các vấn đề nêu trên, tác giả chọn đề tài “**Bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam**” để nghiên cứu và làm Luận án tiến sĩ luật học.

## **2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài**

### **2. 1. Mục đích nghiên cứu**

Mục đích nghiên cứu là nhằm làm rõ, đánh giá và bổ sung những luận cứ khoa học về QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ tại NHTM. Đánh giá thực tiễn pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, trên cơ sở đó, tìm ra những vướng mắc, bất cập và các nguyên nhân của bất cập trong các quy định pháp luật về vấn đề trên. Đồng thời, nghiên cứu góp phần nâng cao hiệu quả áp dụng và hoàn thiện pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, cũng như góp phần đưa các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ phổ biến hơn trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

### **2. 2. Nhiệm vụ nghiên cứu**

Để đạt được mục đích trên, luận án thực hiện các nhiệm vụ nghiên cứu sau:

*Thứ nhất*, nghiên cứu những vấn đề lý luận về QTSBĐ nhằm làm rõ phạm trù, đặc trưng của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, đặc tính của QTS chi phối đến việc QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ và vai trò của việc sử dụng QTS bảo đảm nghĩa vụ; làm rõ các khía cạnh pháp lý về điều kiện để QTS trở thành TSBD và về xử lý QTSBĐ một cách có hệ thống.

*Thứ hai*, phân tích và đánh giá thực trạng quy định pháp luật về các loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ nhằm làm rõ các đặc trưng của các loại, các nhóm QTS, làm cơ sở cho việc xác định phạm vi các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ; đồng thời làm cơ sở cho việc định hướng và đề xuất các quy định pháp luật điều chỉnh tương ứng phù hợp với từng loại, nhóm QTSBĐ.

*Thứ ba*, phân tích và đánh giá thực trạng pháp luật về QTSBĐ tại các NHTM ở các nội dung về điều kiện pháp lý của QTSBĐ và xử lý QTSBĐ. Trên cơ sở đó, xác định và làm sáng tỏ các hạn chế, vướng mắc, những bất cập trong các quy định pháp luật để làm cơ sở cho việc xây dựng các giải pháp hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ.

*Thứ tư*, tìm kiếm và đưa ra những giải pháp pháp lý góp phần hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM, đưa ra một số khuyến nghị tham khảo cho các chủ thể có liên quan trong việc áp dụng đúng và tối ưu các quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS.

*Thứ năm*, kết hợp so sánh, đối chiếu pháp luật Việt Nam với pháp luật các nước và thông lệ quốc tế về QTSBĐ, đối chiếu điều kiện cụ thể ở Việt Nam nhằm rút ra bài

học kinh nghiệm có giá trị áp dụng phù hợp, từ đó vận dụng và hoàn thiện các quy định pháp luật Việt Nam về QTSBĐ trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM.

### 3. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu đề tài

#### 3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của Luận án là những vấn đề lý luận và quy định pháp luật về QTS, về đảm bảo nghĩa vụ bằng QTS, về điều kiện của QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ và xử lý QTSBĐ tại các NHTM ở Việt Nam; thực trạng pháp luật và thực tiễn về vận dụng quy định điều kiện của QTS được dùng để bảo đảm, về xử lý QTSBĐ khi nghĩa vụ bị vi phạm tại NHTM; trên cơ sở nghiên cứu các đối tượng, đề xuất các giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ tại các NHTM.

Để nghiên cứu đối tượng này, tác giả dựa vào: (i) Các lý thuyết, các quan điểm khoa học về QTS, về QTSBĐ và các GDBĐ có đối tượng là QTS; (ii) Các nhận xét, đánh giá của các nhà khoa học về QTSBĐ cho vay của NHTM từ các sách, tạp chí chuyên ngành luật trên thế giới và Việt Nam và các luận án tiến sĩ; (iii) các bản án của TAND về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa các NH và bên bảo đảm và một số bản án của nước ngoài.

#### 3.2. Phạm vi nghiên cứu

Luận án tập trung nghiên cứu các quy định pháp luật Việt Nam về QTS được cá nhân, tổ chức sử dụng bảo đảm cho nghĩa vụ phát sinh từ hoạt động **cho vay** của NHTM.

Luận án nghiên cứu QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ với tư cách là một loại tài sản xét dưới góc độ pháp lý. Các QTS theo góc độ kinh tế cũng được nghiên cứu nhằm làm sáng tỏ hơn về QTS với tư cách là một loại tài sản cũng như mối tương quan giữa chúng.

Về QTS có phạm vi khá rộng nên bên cạnh nghiên cứu chung về các QTS, nghiên cứu sinh sẽ **tập trung** vào một số QTS tiêu biểu, gồm: QSDĐ; QTS đối với đối tượng quyền SHTT, quyền đòi nợ, phần vốn góp, cổ phần. Nghiên cứu sinh chọn các QTS trên để nghiên cứu vì: (i) mặc dù QSDĐ đã và đang được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ phổ biến nhưng hiện vẫn còn nhiều vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, do đề tài khá rộng tác giả giới hạn ở việc phân tích những bất cập khi thế chấp QSDĐ tại NHTM nói chung, tác giả không phân tích sâu các loại đất và việc dùng QSDĐ của các loại đất khác nhau để bảo đảm tại NHTM. (ii) QTS đối với đối tượng quyền SHTT hầu như rất ít được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ ở Việt Nam, là QTS tiềm năng, có giá trị lớn nhưng chưa được khai thác hiệu quả có nguyên nhân từ rào cản pháp luật, (iii) quyền đòi nợ là QTS phát sinh phổ biến trong quan hệ kinh tế sôi động như hiện nay, nhu cầu việc sử dụng quyền này để được cấp vốn, đảm bảo yếu tố xoay vòng nguồn

vốn của doanh nghiệp có xu hướng ngày càng cao, (iv) phần vốn góp, cổ phần, đặc biệt là phần vốn góp vẫn là QTS khá mới mẻ chưa được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ rộng rãi ở Việt Nam.

Tác giả tập trung phân tích bảo đảm bằng QTS qua hoạt động cho vay của các NHTM, các hoạt động cấp tín dụng khác (cho thuê tài chính, bao thanh toán, chiết khấu, bảo lãnh NH) không là trọng tâm nghiên cứu trong Luận án này. Lựa chọn này xuất phát từ lý do cho vay chiếm tỷ trọng lớn nhất trong các hoạt động cấp tín dụng, các tranh chấp về bảo đảm bằng QTS cũng chủ yếu phát sinh trong hoạt động cho vay qua quá trình phân tích các bản án của TAND các cấp. Trong xử lý QTSBĐ, không nghiên cứu xử lý QTSBĐ trong trường hợp phá sản doanh nghiệp.

Luận án tập trung nghiên cứu ba nội dung cơ bản sau: các loại QTS có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, các điều kiện để QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ và xử lý QTS được bảo đảm khi nghĩa vụ được bảo đảm bị vi phạm.

Luận án không nghiên cứu về đăng ký QTSBĐ, định giá QTSBĐ, hiệu lực giao dịch bảo đảm bằng động sản. Quá trình phân tích có đề cập đến các yếu tố này như là một nội dung có liên quan nhằm phục vụ cho việc làm rõ điều kiện của QTS được dùng để bảo đảm tại NHTM hoặc trong phân tích vấn đề xử lý QTSBĐ.

*Về phạm vi không gian*, luận án nghiên cứu pháp luật về QTSBĐ trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam, tác giả có sự liên hệ pháp luật của một số nước có kinh nghiệm trong bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS để có sự đối chiếu, so sánh và tiếp nhận nếu phù hợp. Một số nước có QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ phổ biến như Úc, Pháp, Anh, Mỹ, Canada và một số quốc gia khác.

*Về phạm vi thời gian*, luận án tập trung nghiên cứu chủ yếu các quy định của pháp luật về QTSBĐ cho vay của NHTM từ năm 2005 đến nay. Nghiên cứu sinh chọn giai đoạn này vì đây là khoảng thời gian xuất hiện nhiều bất cập liên quan đến QTSBĐ. Các quy định pháp luật từ trước năm 2005 có thể được nêu trong một và nội dung của luận án, với mục đích nghiên cứu lịch sử lập pháp, nhận diện một cách có hệ thống, từ đó lý giải quá trình vận động, phát triển và dự báo xu hướng của một thuật ngữ hoặc nội dung pháp lý nhất định có liên quan đến đề tài của luận án.

#### **4. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của đề tài**

##### **Về khoa học:**

Luận án là công trình nghiên cứu chuyên sâu ở Việt Nam, là luận án tiến sĩ đầu tiên nghiên cứu những vấn đề lý luận và thực tiễn về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS tại các NHTM ở Việt Nam. Kết quả nghiên cứu của Luận án cung cấp các nội dung quan trọng có giá trị về khoa học và thực tiễn như: làm rõ các nội dung lý luận về QTS và bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, chỉ ra các yêu cầu khách quan cần mở rộng điều chỉnh các QTS là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ; phân tích và đánh giá thực trạng pháp luật và

thực tiễn áp dụng về QTS dùng bảo đảm nghĩa vụ ở khía cạnh điều kiện pháp lý của QTS dùng bảo đảm nghĩa vụ và xử lý QTSBĐ; đưa ra các giải pháp về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS tại các NHTM là những luận cứ khoa học góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật về QTSBĐ nói riêng và pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ nói chung.

### **Về thực tiễn:**

Kết quả nghiên cứu của đề tài là nguồn tham khảo hữu ích cho hoạt động xây dựng pháp luật, hoàn thiện pháp luật và trong thực tiễn áp dụng pháp luật tại Việt Nam về chủ đề dùng QTS bảo đảm nghĩa vụ tại các NHTM. Ở khía cạnh áp dụng pháp luật, không chỉ tạo thuận lợi cho cơ quan áp dụng giải quyết các vụ tranh chấp liên quan đến QTSBĐ, kết quả nghiên cứu còn giúp NHTM (bên nhận bảo đảm), bên bảo đảm và bên có lợi ích liên quan đến QTSBĐ có thể chọn lựa cách ứng xử thích hợp để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình trong mối quan hệ với QTSBĐ.

## **5. Các điểm mới của luận án**

*Thứ nhất*, luận án làm sáng tỏ nội hàm, đặc trưng của QTS, theo đó phân biệt QTS với tư cách là một loại tài sản có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ với các QTS khác như quyền khác đối với tài sản theo BLDS và các vật quyền khác mang tính tài sản. Bên cạnh đó, luận án làm rõ các loại QTS, đặc biệt tập trung vào nội dung, bản chất của một số QTS cụ thể như: QSDĐ, quyền đòi nợ, QTS đối với đối tượng quyền SHTT, phần vốn góp, cổ phần.

*Thứ hai*, luận án đã phân tích quan niệm về QTSBĐ ở Việt Nam và các nước trên thế giới, từ đó xác định được phạm trù QTSBĐ theo pháp luật Việt Nam mang ý nghĩa bó hẹp hơn so với một số nước, tiêu biểu như Mỹ, Úc và theo hướng dẫn của Uncitral. Các nước tiếp cận QTSBĐ theo hướng “lợi ích bảo đảm”, là cách tiếp cận cho phép các bên có thể thỏa thuận bất kỳ quyền, lợi ích nào làm TSBĐ, miễn rằng nó thể hiện được chức năng bảo đảm. Đây là một giải pháp có thể khai thác tốt nhất giá trị kinh tế của QTS đã được nghiên cứu sinh kiến nghị áp dụng cho Việt Nam.

*Thứ ba*, luận án đã phân tích các quy định pháp luật, phân tích thực tiễn nhằm đánh giá tính phù hợp và đầy đủ trong nhận diện các loại QTS có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Quá trình phân tích đã chỉ ra được những bất cập trong quy định: chưa xác định rõ nội hàm quyền đòi nợ, một số QTS có sự trùng lặp về lợi ích nhưng thiếu các quy định điều chỉnh cụ thể. Từ đó, nghiên cứu sinh cũng đề xuất một số giải pháp khắc phục các bất cập này.

*Thứ tư*, luận án làm rõ cơ sở lý luận và phân tích khách quan những bất cập của quy định pháp luật về điều kiện để QTS được dùng bảo đảm. Dựa trên đặc tính riêng của các loại QTS như QSDĐ, quyền đòi nợ, QTS đối với đối tượng quyền SHTT, phần vốn góp, cổ phần, đồng thời dựa trên các vụ tranh chấp phát sinh từ việc cho vay có bảo đảm bằng các QTS này, luận án đã phân tích các điều kiện để QTS trở thành

TSBĐ. Qua đó, đã tìm ra những bất cập trong pháp luật và trong thực tiễn áp dụng. Luận án đã đề xuất các giải pháp nhằm khắc phục những hạn chế của pháp luật, gồm sửa đổi một số quy định liên quan đến việc xác định QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, đặc biệt là QSDD, về xác định quyền sở hữu đối với một số trường hợp cụ thể về việc xuất hiện QTS đối với đối tượng quyền SHTT mới có liên quan đến nhiều chủ thể,... Điểm nổi bật là kiến nghị việc xây dựng lộ trình xác định QTS hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm nghĩa vụ, cũng như đề xuất phạm vi QTS hình thành trong tương lai đối với một số trường hợp cụ thể.

**Thứ năm**, luận án đánh giá tính phù hợp của quy định về xử lý QTSBĐ đối với một số QTS cụ thể thông qua phân tích quy định pháp luật và các bản án liên quan. Qua phân tích, đánh giá đã rút ra hạn chế của pháp luật. Luận án đã đề xuất các giải pháp nhằm khắc phục gồm những giải pháp liên quan đến quyền thu giữ tài sản, về xác định phạm vi QTSBĐ, về quyền định đoạt QTSBĐ của NHTM nhận bảo đảm, về tài sản phái sinh từ QTSBĐ, về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các chủ thể có liên quan đến QTSBĐ. Có thể thấy, giải pháp nổi bật được đưa ra trong phần này là kiến nghị về xây dựng khái niệm tài sản phái sinh và các quy định liên quan đến tài sản phái sinh từ QTSBĐ đối với một loại QTS cụ thể.

**Thứ sáu**, điểm mới của luận án còn thể hiện ở cách tiếp cận, theo đó luận án xuất phát từ nguyên tắc phòng ngừa rủi ro tín dụng, lấy việc bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo đảm là NH làm nền tảng, đồng thời cũng bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của bên bảo đảm và các chủ thể khác trong mối quan hệ với QTS mà không tập trung, nghiêng về bảo vệ phiến diện cho một bên chủ thể nào.

## **6. Kết cấu của luận án**

Ngoài lời nói đầu, kết luận, tài liệu tham khảo, nội dung của Luận án gồm 4 chương như sau:

Chương 1. Tổng quan về vấn đề nghiên cứu

Chương 2. Những vấn đề chung về quyền tài sản và bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại

Chương 3. Điều kiện để quyền tài sản được dùng bảo đảm tại các ngân hàng thương mại

Chương 4. Xử lý quyền tài sản được dùng bảo đảm tại các ngân hàng thương mại

## CHƯƠNG 1

### TỔNG QUAN VỀ VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU

#### 1.1 Tình hình nghiên cứu trong nước và ngoài nước

##### 1.1.1 Các công trình nghiên cứu về quyền tài sản

##### 1.1.1.1 Trong nước

Qua khảo cứu cho thấy QTS là một khái niệm khá phức tạp. Khi nghiên cứu về QTS, các tác giả tiếp cận ở nhiều khía cạnh khác nhau. Do vậy, cụm từ “quyền tài sản” mang nội hàm và ý nghĩa rất khác nhau tùy vào góc nhìn của người nghiên cứu.

Tác giả Nguyễn Ngọc Điện trong một bài viết “*Cần xây dựng lại khái niệm "quyền tài sản" trong luật dân sự Việt Nam*” (năm 2005)<sup>4</sup>, theo đó QTS là một loại quyền chủ thể, và nếu tiếp cận ở khía cạnh pháp lý về tài sản, “quyền” được hiểu là một cách tiếp cận về tài sản, không phải là một loại tài sản, theo đó “ở góc độ pháp luật tài sản, quyền và vật được đặt đối lập với nhau, không để phân ra hai loại tài sản khác nhau, mà đưa ra hai cách hình dung khác nhau về tài sản, hai cách tiếp cận khác nhau đối với tài sản”. Cũng trong bài viết trên, tác giả Nguyễn Ngọc Điện đã chỉ ra rằng tài sản được phân loại theo những cách khác nhau tùy theo nó được hiểu là vật hay quyền: là vật, tài sản được phân loại thành vật hữu hình và vật vô hình; là quyền, ta có quyền đối vật, quyền đối nhân và các quyền theo luật định.

Trong bài viết của tác giả Lê Hồng Hạnh về “*Sử dụng khái niệm quyền tài sản thay cho vật quyền trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*” (năm 2015)<sup>5</sup>. Bài viết tập trung cho việc chứng minh nội hàm của khái niệm QTS đầy đủ hơn khái niệm vật quyền để đề xuất việc sử dụng khái niệm QTS thay cho khái niệm vật quyền. Trong quá trình phân tích, tác giả đã viện dẫn nhiều khái niệm khác nhau về tài sản và QTS của các nước trên thế giới, theo đó, QTS có thể được hiểu là tài sản và còn có cả các QTS khác.

Tác giả Phạm Duy Nghĩa trong bài viết “*Quyền tài sản trong cải cách kinh tế, quan niệm, một bài học nước ngoài và kiến nghị*” (năm 2002)<sup>6</sup>, đã nêu ra cách tiếp cận QTS dưới khía cạnh bản chất của QTS, tác giả cho rằng bản chất của QTS là cách ứng xử của con người đối với nhau liên quan đến tài sản. Đó là sự phân chia tài nguyên khan hiếm, trong QTS bao giờ cũng có hàm ý tập trung quyền kiểm soát của người này và giới hạn loại trừ quyền đó đối với người khác. Bên cạnh đó, một QTS có

---

<sup>4</sup> Nguyễn Ngọc Điện, (2005), “Cần xây dựng lại khái niệm "quyền tài sản" trong luật dân sự Việt Nam”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (3)(50), tr. 16-21.

<sup>5</sup> Lê Hồng Hạnh, (2015), “Sử dụng khái niệm quyền tài sản thay cho vật quyền trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)”, Tạp chí *Nhà nước và Pháp luật*, (4)(324), tr. 3-10.

<sup>6</sup> Phạm Duy Nghĩa, (2002), “Quyền tài sản trong cải cách kinh tế, quan niệm, một bài học nước ngoài và kiến nghị”, Tạp chí *Nhà nước và pháp luật*, (11), tr. 50-57.

thể bị kiểm soát và chia sẻ lợi ích bởi nhiều chủ thể. Quan điểm này được tác giả tiếp nhận dựa trên học thuyết “Bundle of rights” (dịch: một bó quyền) của Harold Demsetz<sup>7</sup>. Trong phân tích của tác giả Phạm Duy Nghĩa, QTS không được hiểu bó hẹp chỉ là tài sản mà còn rộng hơn thế, tác giả quan tâm đến tất cả các quyền mang nội dung kinh tế, trị giá được thành tiền, không phân biệt việc pháp luật hiện hành thừa nhận đó là tài sản hay không (hay chưa); nói cách khác, tác giả nhìn QTS dưới góc độ kinh tế.

Tác giả Ngô Huy Cương trong bài viết “*Tổng luận về chế định tài sản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự 2005 sửa đổi*” (năm 2015)<sup>8</sup>, theo đó tác giả đã kết luận rằng tài sản có thể được mô tả theo cách phân loại. Tài sản hoặc là hữu hình hoặc là vô hình, hoặc là bất động sản hoặc là động sản. Tài sản hữu hình là vật, tài sản vô hình là quyền. Vật ở đây với nghĩa là những bộ phận khác nhau của thế giới vật chất có khả năng đáp ứng nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của con người đã được xã hội hóa. Tài sản vô hình còn gọi là QTS bao gồm quyền đối vật, quyền đối nhân và quyền SHTT.

Trong một nghiên cứu của tác giả Vũ Thị Hồng Yến (năm 2017) “*Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015*”<sup>9</sup>, tác giả cũng đã trình bày phân loại tài sản gồm hữu hình và vô hình của các quốc gia trên thế giới, đồng thời tác giả đã đưa ra khái niệm về tài sản mà qua đó cho phép chúng ta suy luận rằng tài sản gồm vật (tài sản hữu hình) và quyền (tài sản vô hình), tức tác giả đồng nhất QTS với tài sản vô hình. Tuy nhiên, tác giả không xác định phạm vi các tài sản nào được xem là vô hình, tài sản nào là hữu hình. Vấn đề này vẫn có những quan điểm khác nhau bởi trong những trường hợp nhất định yếu tố vô hình được chứa đựng trong những vật hữu hình.

Trong một bài viết của tác giả Nguyễn Văn Vân (năm 2020) về “*Tài sản và quyền sở hữu*”<sup>10</sup>, đã phân tích về các quy định về tài sản của Liên Bang Nga, so sánh đối chiếu với quy định về tài sản ở Việt Nam. Bài viết đã chỉ ra sự khác biệt trong các nhìn nhận về QTS của Nga và Việt Nam, tác giả cũng chỉ ra pháp luật Nga phân tài sản thành nhóm là vật và các tài sản khác không phải là vật trên cơ sở tính chất vật lý của chúng là hữu hình hay vô hình, trong đó vật là tài sản hữu hình. Tác giả cũng chỉ ra và giải thích các giấy tờ có giá có bản chất QTS, là tài sản vô hình. Bài viết đã giúp

<sup>7</sup> Harold Demsetz (1967), “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, Vol. 57, (2), tr. 347-359.

<sup>8</sup> Ngô Huy Cương, “Tổng luận về chế định tài sản trong Dự thảo Bộ luật Dân sự 2005 sửa đổi”, *Kỷ yếu Tọa đàm về “Chế định tài sản, nghĩa vụ và hợp đồng trong Dự thảo Bộ luật Dân sự 2005”* do Trường Đại học quốc gia Hà Nội tổ chức ngày 05/02/2015 tại Trường Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 9.

<sup>9</sup> Vũ Thị Hồng Yến (2017), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015*, NXB Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr. 23.

<sup>10</sup> Nguyễn Văn Vân, (2020), “Tài sản và quyền sở hữu - kinh nghiệm từ pháp luật Liên bang Nga”, *Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam*, (4)(104), tr. 34-47.



tác giả Luận án có thêm một cách nhìn khác về QTS, nhận thức rõ hơn về phạm vi và bản chất của QTS.

Trong “*Giáo trình Pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và quyền thừa kế*” của Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh do Lê Minh Hùng chủ biên và các tác giả khác (năm 2019)<sup>11</sup> là một trong những quyển sách hiếm hoi đưa ra khái niệm QTS với tư cách là một loại tài sản, đồng thời cũng đã liệt kê một số QTS cơ bản, tuy nhiên trong một số QTS dạng vật quyền có vẻ nhóm tác giả vẫn chưa nhất quán trong việc xác định đó là QTS hay chỉ thuần túy là một vật quyền trên tài sản. Điểm mới của khái niệm là lần đầu tiên yếu tố quyền dân sự được đưa vào khái niệm QTS với tư cách là một loại tài sản như là một dấu hiệu, đặc điểm của QTS, đây có thể nói là sự tiếp nhận rất tiên bộ. Nhóm tác giả đã xác định QTS bao gồm: Các QTS mang tính đối vật, QTS mang tính đối nhân, các tố quyền về tài sản và các QTS vô hình tuyệt đối. Đồng thời, nhóm tác giả cũng có sự diễn giải, phân tích và liệt kê một số quyền ứng với các dạng quyền đã xác định trên, qua đó cung cấp cho người đọc kiến thức cơ bản, nền tảng về QTS.

Trong quyển sách “*Bảo đảm quyền tài sản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*” của nhóm tác giả Trần Văn Biên và các tác giả khác (năm 2019)<sup>12</sup> đã trình bày quan niệm về QTS trong pháp luật Việt Nam với tư cách là một loại tài sản, theo đó nhóm tác giả đã diễn giải về khái niệm và đặc trưng của QTS trên cơ sở Điều 115 BLDS 2015. Đồng thời, nhóm tác giả cũng đã trình bày một số QTS tiêu biểu như QTS đối với đối tượng quyền SHTT, QSDĐ.

Phan Chí Hiếu và các tác giả khác (năm 2021)<sup>13</sup> trong quyển “*Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản: pháp luật, thực tiễn và kiến nghị*” đã phân tích các khía cạnh pháp lý của tài sản và các quyền khác đối với tài sản; đồng thời đưa những kiến nghị liên quan đến các vấn đề này. Bên cạnh đó, nhóm tác giả cũng gợi mở, phân tích một số loại tài sản mới, “chưa có tiền lệ”, xuất hiện do sự phát triển mạnh mẽ của khoa học công nghệ, được khẳng định là QTS.

Trong kỷ nguyên công nghệ số, những thứ “*có thể trị giá được bằng tiền*” ngày càng đa dạng và phong phú như tên miền trên internet, địa chỉ email, tài sản ảo trong game online, tiền ảo, các tài sản ảo khác. Một số tác giả nghiên cứu về các quyền này gồm bài viết của Thụy Anh phản ánh những quan điểm khác nhau về việc thừa nhận hay không “tài sản ảo” là tài sản cũng như vấn đề điều chỉnh đối với loại “tài sản”

<sup>11</sup> Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2019), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế (tài bản có sửa đổi, bổ sung)*, Lê Minh Hùng chủ biên, NXB Hồng Đức, Hà Nội, tr. 38-48.

<sup>12</sup> Trần Văn Biên và các tác giả khác (2019), *Bảo đảm quyền tài sản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa hiện nay*, NXB Khoa học Xã hội, Hà Nội.

<sup>13</sup> Phan Chí Hiếu và các tác giả khác (2021) “*Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản: pháp luật, thực tiễn và kiến nghị*”, NXB Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội.

này<sup>14</sup>, bài viết của Trương Hồ Hải đã phân tích bản chất của “tài sản ảo” và đặt vấn đề cần điều chỉnh pháp lý đối với tài sản ảo;<sup>15</sup> bài viết của tác giả Phạm Văn Toàn<sup>16</sup> có đề cập đến tên miền nhưng chủ yếu tập trung vấn đề giải quyết tranh chấp liên quan đến tên miền.

### 1.1.1.2 Ngoài nước

Một nghiên cứu của Bell, A., & Parchomovsky, G (năm 2005) với tiêu đề “*A theory of property*” (dịch: Một học thuyết về tài sản)<sup>17</sup>, bài viết đề xuất một lý thuyết thống nhất trên cơ sở xem xét đánh giá các lý thuyết thuộc các trường phái khác nhau về tài sản. Theo đó, bài viết chứng minh rằng một lý thuyết được xem là mạch lạc và toàn diện phải giải quyết được bốn câu hỏi: điều gì được bảo vệ bởi pháp luật tài sản? Đối với chủ thể nào? Với những quyền lợi gì? Và cơ chế thực thi của pháp luật như thế nào? Bài viết tập trung vào giá trị vốn có của tài sản để giải quyết bốn câu hỏi này. Trong đó, với sự mở rộng của lý thuyết, bài viết cũng đề cập đến sự đáp ứng của pháp luật về tài sản đối với các giao dịch bảo đảm khi được xây dựng theo định hướng giá trị.

Harold Demsetz (năm 1967) trong bài viết về “*Toward a theory of property rights*” (dịch: Hướng đến một học thuyết về QTS)<sup>18</sup> đã tìm cách tạo ra một số yếu tố của một lý thuyết kinh tế về QTS. Bài báo tìm hiểu một số vấn đề như về khái niệm và vai trò của QTS trong hệ thống xã hội; đưa ra một số hướng dẫn để nghiên cứu sự xuất hiện của QTS và tìm hiểu một số nguyên tắc liên quan đến việc kết hợp các QTS thành các nhóm cụ thể và xác định cơ cấu các QTS sẽ được liên kết trong nhóm này. Đây là một nghiên cứu được nhiều tác giả Việt Nam viện dẫn khi nghiên cứu về khái niệm tài sản và QTS trong giai đoạn hiện nay. Bài viết cũng sẽ làm cơ sở cho nghiên cứu sinh khi phân tích về khái niệm QTS trong Luận án.

Sách của Jacqueline Lipton (năm 2010) về “*Internet domain names, trademarks and free speech*” (dịch: Tên miền internet, nhãn hiệu và tự do ngôn luận)<sup>19</sup> phân tích các tranh chấp liên quan đến tên miền và các yếu tố liên quan. Tác giả nhấn mạnh rằng bởi vì các tên miền chỉ có thể được đăng ký với một người mỗi lần, chúng không được

<sup>14</sup>Thuy Anh, (2006), “Tài sản ảo và phương án “không hành động”, Tạp chí *Thế giới điện tử* [<https://thegioiluat.vn/bai-viet-hoc-thuat/tai-san-ao-va-phuong-an-khong-hanh-dong-113/>] (cập nhật ngày 10/7/2018).

<sup>15</sup> Trương Hồ Hải, “Hoàn thiện quy định của Bộ luật dân sự năm 2005 liên quan đến công nhận và bảo hộ tài sản ảo ở Việt Nam hiện nay”, Tạp chí *Công sản*, [<http://www.tapchicongsan.org.vn/Hom/Xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen/2015/33742/Hoan-thien-quy-dinh-cua-Bo-luat-Dan-su-nam-2015-lien.aspx>] (cập nhật ngày 10/7/2018).

<sup>16</sup> Phạm Văn Toàn, (2015), “Tên miền và sở hữu trí tuệ”, Tạp chí *Khoa học và Công nghệ Việt Nam*, (04), tr. 54-57.

<sup>17</sup> Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, (2005), “A theory of property”, *Cornell Law Review*, Vol 90, tr. 531-615.

<sup>18</sup> Harold Demsetz, tldđ (7), tr. 347-359.

<sup>19</sup> Jacqueline Lipton (2010), *Internet domain names, trademarks and free speech*, Edward Elgar Publishing. UK.

đăng ký bởi một người khác. Tác giả cho rằng các loại xung đột về tên miền đã không được giải quyết hiệu quả theo các quy định hiện hành, từ đó đưa ra các cải cách quy định có thể có. Quyển sách cho ta biết được rõ những quy định liên quan đến tên miền của pháp luật Mỹ cũng như thực tiễn tranh chấp liên quan đến tên miền ở quốc gia này. Đó là cơ sở để so sánh đối chiếu với các quy định về tên miền ở Việt Nam trong luận án của nghiên cứu sinh.

Nghiên cứu của Charles Blazer (năm 2006) về “*The five indicia of virtual property*” (dịch: Năm dấu hiệu của tài sản ảo)<sup>20</sup>, bài viết đặt trong khung cảnh nước Mỹ, tác giả trình bày năm dấu hiệu có thể xem xét để xác định tài sản ảo trong thời đại công nghệ thông tin, theo đó các toà án có thể tham khảo để giải quyết các tranh chấp liên quan đến loại tài sản này, trên cơ sở cân nhắc lợi ích của các bên như nhà cung cấp dịch vụ và người sử dụng. Năm dấu hiệu được đề cập đến trong bài viết là sự cạnh tranh, tính lâu dài, kết nối liên thông, thị trường thứ cấp, giá trị gia tăng theo người sử dụng. Các tiêu chí được nêu ra trong bài viết có thể làm cơ sở để nghiên cứu sinh tham khảo, phân tích khi đề xuất về khái niệm về tài sản ảo nói chung, tài sản ảo có thể là TSBD nói riêng.

Một nghiên cứu khác như nghiên cứu của tác giả Jeffrey A. Cohen (năm 2005) với tiêu đề “*Intangible assets -Valuation and Economic Benefit*” (dịch: Giá trị và lợi ích kinh tế của tài sản vô hình)<sup>21</sup> đã chỉ ra, mô tả và phân tích các tài sản vô hình của một doanh nghiệp mà thông thường không dễ nhìn thấy và cũng không thể hiện trong sổ dư của doanh nghiệp. Nghiên cứu là sự kết hợp các yếu tố về luật, kinh tế, tài chính và kế toán để xác định loại tài sản này của doanh nghiệp và qua đó đã đóng góp đầy sáng tạo đối với khái niệm tài sản vô hình.

### 1.1.1.3 Đánh giá

Các nghiên cứu về QTS được tiếp cận ở nhiều khía cạnh, nhiều góc độ khác nhau. Xét dưới góc độ QTS là một loại tài sản, có hai dạng nghiên cứu: một là, thừa nhận mặc nhiên QTS là một loại tài sản trong các loại tài sản dựa theo pháp luật thực định của Việt Nam tại Điều 105; hai là, đánh giá cách phân loại tài sản của Việt Nam qua định nghĩa tài sản tại Điều 105 và kết luận quy định QTS ở Việt Nam không giống nhiều quốc gia trên thế giới, các quốc gia trên thế giới thường phân loại tài sản thành vô hình và hữu hình.

Các nghiên cứu trong nước và ngoài nước cho thấy trong xã hội công nghệ số đã xuất hiện những tài sản trên nền tảng công nghệ, dạng vô hình. Xét về yếu tố kinh tế có thể xem là QTS nhưng sự thừa nhận hay hành lang pháp lý điều chỉnh về các

<sup>20</sup> Blazer, C., (2006), “The five indicia of virtual property”, *Pierce L. Rev.*, (5), tr. 137 -161.

<sup>21</sup> Jeffrey A. Cohen (2005), *Intangible assets -Valuation and Economic Benefit*, Wiley, New Jersey, Canada.

dạng tài sản này ở Việt Nam vẫn còn sơ sài. Chẳng hạn, các tài sản ảo nói chung, tiền kỹ thuật số, tên miền trên internet,...

#### 1.1.1.4 Nội dung cần tiếp tục nghiên cứu

Làm rõ những vấn đề lý luận về QTS như khái niệm, đặc trưng của QTS, qua đó giúp phân biệt QTS và các quyền khác không là QTS, đặc biệt là các quyền mang nội dung kinh tế.

#### 1.1.2 Các công trình nghiên cứu về bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại

##### 1.1.2.1 Trong nước

Bảo đảm nghĩa vụ là một chế định có nguồn gốc từ pháp luật dân sự và chịu sự điều chỉnh của pháp luật dân sự. Tuy nhiên, khi gắn liền với hoạt động tín dụng NH thì bảo đảm nghĩa vụ còn chịu sự điều chỉnh bởi pháp luật chuyên ngành, tức lĩnh vực NH. Một số công trình tiêu biểu nghiên cứu về bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cấp tín dụng của NH có thể kể đến là:

Sách “*Thị trường vốn nợ, luật và hợp đồng*” của Phạm Hồng Năng (năm 2016)<sup>22</sup> đã nêu lên mối quan hệ cũng như vai trò của TSBĐ đối với việc cải thiện rủi ro tín dụng NH. Tác giả cũng dành hẳn chương 5 để phân tích về TSBĐ, cam kết không thực hiện, thứ tự ưu tiên và bảo lãnh.

Luận án tiến sĩ Luật học của Nguyễn Xuân Bang (năm 2018): “*Pháp Luật về an toàn trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng*”<sup>23</sup>. Nghiên cứu đã chỉ ra thực tiễn mất an toàn trong hoạt động cấp tín dụng của các NHTM ở Việt Nam trong thời gian gần đây. Từ đó, nghiên cứu cũng khẳng định sự quan trọng của hoạt động bảo đảm tiền vay và đưa ra một số kiến nghị để khoản vay được an toàn.

Luận án tiến sĩ luật học của Lương Khải Ân (năm 2019): “*Pháp luật Việt Nam về hợp đồng cho vay trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng*”<sup>24</sup>. Một trong các nội dung là nghiên cứu bảo đảm quyền tiếp cận tín dụng của cộng đồng; tăng cường mức độ an toàn, hạn chế rủi ro phát sinh từ hợp đồng cho vay đối với hệ thống tín dụng ngân hàng. Ở khía cạnh bảo đảm nghĩa vụ, tác giả cũng phân tích mối quan hệ giữa hợp đồng vay và hợp đồng bảo đảm, cũng như vấn đề xử lý QTSBĐ nhằm hướng tới hạn chế rủi ro tín dụng từ hoạt động cho vay.

<sup>22</sup> Phạm Hồng Năng (2016), *Thị trường vốn nợ, luật và hợp đồng*, NXB Công thương, Hà Nội.

<sup>23</sup> Nguyễn Xuân Bang (2018), *Pháp Luật về an toàn trong hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh.

<sup>24</sup> Lương Khải Ân (2019), *Pháp luật Việt Nam về hợp đồng cho vay trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh.

Luận án tiến sĩ luật học của Trương Thị Tuyết Minh (năm 2022): “*Pháp luật về giao dịch bảo đảm bằng động sản tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam*”<sup>25</sup>. Nghiên cứu hướng đến việc tìm kiếm các kiến nghị và giải pháp pháp lý để khai thông hiệu quả chức năng và giá trị kinh tế của TSBĐ là động sản, qua đó bảo vệ quyền lợi của bên nhận bảo đảm là các NHTM trên cơ sở tiếp cận tín dụng NH cho khách hàng, đồng thời bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của bên bảo đảm và các chủ thể khác trong mối quan hệ với động sản. Nghiên cứu đã dựa trên các lý thuyết pháp lý và kinh tế, kết hợp phân tích các vấn đề pháp lý liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ bằng động sản để đáp ứng cho hướng nghiên cứu trên, gồm các nội dung pháp lý: hiệu lực của giao dịch bảo đảm bằng động sản, về hiệu lực đối kháng, về quyền ưu tiên và xử lý động sản bảo đảm.

Bài viết “*Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng ở liên bang Nga và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*” của Nguyễn Thị Thu Thủy (năm 2017)<sup>26</sup> đã phân tích pháp luật của Liên Bang Nga về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của TCTD, so sánh với pháp luật Việt Nam về vấn đề này và rút bài học kinh nghiệm cho Việt Nam. Các kiến nghị liên quan chủ yếu đến bảo đảm nghĩa vụ như: kiến nghị liên quan đến các biện pháp bảo đảm, xử lý TSBĐ.

#### 1.1.2.2 Ngoài nước

Sách của Don Mayer và các tác giả khác (năm 2011) với tiêu đề “*Business Law and the Legal Environment (Luật kinh doanh và môi trường pháp lý)*” nghiên cứu khá bài bản về giao dịch bảo đảm<sup>27</sup>. Sách được trình bày dưới dạng sách giáo khoa, gồm các chuyên gia là các giáo sư Luật biên soạn để phục vụ cho sinh viên và nhà nghiên cứu bao gồm nhiều vấn đề pháp lý, trong đó có đề cập đến những vấn đề cơ bản về giao dịch bảo đảm, về các khoản thế chấp và nghĩa vụ của các chủ thể liên quan tại chương 28, 29 của quyển sách.

Sách của Hugh Beale và các tác giả khác (năm 2012) với tiêu đề “*The law of security and title-based financing*” (pháp luật về bảo đảm và sự hỗ trợ tài chính dựa trên TSBĐ)<sup>28</sup> đã phân tích các quy định pháp luật về bảo đảm ở nước Anh. Quyển sách đề cập đến vấn đề bảo đảm đặc quyền của chủ nợ đối với TSBĐ của con nợ để hỗ trợ cho việc thu hồi khoản vay. Bên cạnh phân tích quyền của chủ nợ trong các biện pháp cầm cố, thế chấp, cuốn sách còn đề cập đến một số giao dịch mà theo nghĩa truyền

<sup>25</sup> Trương Tuyết Minh (2022), *Pháp luật về giao dịch bảo đảm bằng động sản tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh.

<sup>26</sup> Lê Thị Thu Thủy, (2017), “Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng ở liên bang Nga và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam”, Tạp chí *Luật học*, (2), tr. 70-80.

<sup>27</sup> Don Mayer, Daniel M. Warner, George J. Siedel, and Jethro K. Lieberman (2011), *Business Law and the Legal Environment*, Flatworld.

<sup>28</sup> Hugh Beale et al (2012), *The law of security and title-based financing*, Oxford University Press, Oxford.

thống của luật Anh không là giao dịch bảo đảm nhưng có chức năng kinh tế tương tự. Quyển sách cũng dành một phần để phân giải tích về quyền lợi bảo đảm (security interests), đăng ký và những yêu cầu khác hoàn thiện giao dịch bảo đảm (registration and other perfection requirements) và quyền ưu tiên (priorities) của chủ nợ.

Sách của Frederique Dahan và John Simpson (năm 2009) với tiêu đề “Secured transactions reform and access to credit” (Cải cách giao dịch bảo đảm và tiếp cận tín dụng)<sup>29</sup> đã trình bày một cách toàn diện về cả góc độ pháp lý và góc độ kinh tế liên quan đến vấn đề cải cách pháp luật về tài sản thế chấp và cầm cố. Tác giả bắt đầu ở mức độ vĩ mô của hệ thống tài chính, hướng đến hành vi của các nhà cho vay, các lựa chọn chính sách cho Chính phủ và các cơ chế cải cách luật pháp. Tác giả tiếp cận toàn diện thông qua việc xem xét lợi ích của các bên có liên quan. Quyển sách giải quyết vấn đề về các luật và thể chế có thể đóng vai trò để khuyến khích tiếp cận tín dụng.

Nghiên cứu của NH Châu Âu (EBRD) (năm 2008), "*Mortgages in transition economies, The legal framework for mortgages and mortgage securities*" (Thế chấp trong nền kinh tế chuyển đổi, khung pháp lý cho thế chấp và những bảo đảm thế chấp)<sup>30</sup> có thể đánh giá đây là một công trình nghiên cứu tương đối đầy đủ và toàn diện về thế chấp tài sản dựa trên những kết quả được phân tích đánh giá tại các nước đang có nền kinh tế chuyển đổi. Cuốn sách đề cập đến việc tạo ra quyền thế chấp và thực thi quyền thế chấp nhằm tối đa hoá lợi ích kinh tế trong trên cơ sở đảm bảo được chức năng của pháp luật về giao dịch bảo đảm nhưng chưa có sự phân tích sâu sắc và toàn diện về bản thân những vấn đề này.

Nghiên cứu của Michael Bridge và các tác giả khác (năm 1998) với tiêu đề “Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions” (Chủ nghĩa hình thức, chủ nghĩa chức năng và sự hiểu biết Luật về giao dịch bảo đảm)<sup>31</sup>. Bài viết phân tích quy định liên quan đến giao dịch bảo đảm trên cơ sở phân tích đánh giá Điều 9 của UCC và sự tiếp nhận của các nước đối với quy định này, lấy ví dụ minh họa là pháp luật Anh và Canada.

### 1.1.2.3 Đánh giá

Các công trình nghiên cứu chung về bảo đảm nghĩa vụ khá nhiều, dù không trực tiếp nghiên cứu bảo đảm bằng QTS nhưng đã phản ánh được các nội dung làm cơ

<sup>29</sup> Dahan, F., & Simpson, J. (Eds.), (2009), “Secured transactions reform and access to credit”, Edward Elgar Publishing.

<sup>30</sup> European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) publications, "*Mortgages in transition economies, The legal framework for mortgages and mortgage securities*", nguồn <http://www.ebrd.com/pages> (truy cập ngày 20/02/2022).

<sup>31</sup> Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, Ralph L. Simmonds and Catherine Walsh (1998), *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, McGill LJ, 44, 567, nguồn <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6745487-44.Bridge.pdf>

sở cho việc nghiên cứu việc dùng QTS để bảo đảm trong hoạt động cấp tín dụng tại các NHTM ở Việt Nam.

**Thứ nhất**, các công trình đã phân tích những vấn đề chung về giao dịch bảo đảm, về TSBĐ, về thứ tự ưu tiên gắn với hoạt động của NHTM.

**Thứ hai**, các công trình nghiên cứu đã có những phân tích về cả góc độ pháp lý và góc độ kinh tế liên quan đến vấn đề pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ, mối tương quan của bảo đảm nghĩa vụ với phát triển kinh tế cũng như an toàn hệ thống tín dụng NH.

**Thứ ba**, một số kiến nghị, giải pháp liên quan đến hoàn thiện điều kiện của TSBĐ, hoàn thiện hệ thống xác lập thứ tự ưu tiên hoặc xử lý TSBĐ là nguồn tham khảo quan trọng cho nghiên cứu sinh trong việc tìm kiếm giải pháp đối với các nội dung tương ứng nhằm giúp các tổ chức cá nhân thuận lợi trong tiếp cận tín dụng thông qua việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ.

**Thứ tư**, thông qua các công trình nghiên cứu trên, biện pháp bảo đảm nghĩa vụ không chỉ nhằm đảm bảo thực hiện nghĩa vụ dân sự mà khi đặt trong lĩnh vực tín dụng NH, đó là cơ chế phòng ngừa rủi ro, bảo đảm an toàn hệ thống NH.

#### 1.1.2.4 Nội dung cần tiếp tục nghiên cứu

Nghiên cứu về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động tín dụng đặt trong sự gắn kết với những đặc trưng của hoạt động NH và nhu cầu an toàn tín dụng.

### 1.1.3 Các công trình nghiên cứu bảo đảm nghĩa vụ và điều kiện của quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại

#### 1.1.3.1 Trong nước

Pháp luật hiện hành đã xây dựng các quy định về điều kiện của TSBĐ, tuy nhiên đối với QTSBĐ vốn có những nét rất riêng do tồn tại ở dạng vô hình cộng với sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ số đòi hỏi việc xác định các QTS nào có thể trở thành TSBĐ là vấn đề khó mà thực tiễn đã đặt ra.

Theo tác giả Lê Vũ Nam (năm 2015), trong bài viết “Góp ý hoàn thiện Bộ luật dân sự (sửa đổi)”<sup>32</sup> đối với BLDS, sau phân tích các quy định pháp luật, tác giả khuyến nghị rằng cần phải làm rõ và cụ thể hơn các loại tài sản có thể làm đối tượng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Bên cạnh đó, trong luận án của Vũ Thế Hoài năm 2014 “Pháp luật về hoạt động đăng ký, cung cấp thông tin về giao dịch bảo đảm trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng ở Việt Nam”<sup>33</sup>, tác giả đã cho rằng nên quy định theo hướng loại trừ tài sản nào không được dùng làm TSBĐ nhưng không chỉ ra được các QTS nào cần được quy định không thể trở thành TSBĐ nghĩa vụ. Đến nay, luật hiện hành

<sup>32</sup> Lê Vũ Nam, (2015), “Góp ý hoàn thiện Bộ luật dân sự (sửa đổi)”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (13), tr. 27.

<sup>33</sup> Vũ Thế Hoài (2014), *Pháp luật về hoạt động đăng ký, cung cấp thông tin về giao dịch bảo đảm trong lĩnh vực tín dụng ngân hàng ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Viện Khoa học xã hội.

vẫn còn những vướng mắc, bất cập về vấn đề này. Tuy vậy, thực tiễn đặt ra là tài sản ảo, tiền ảo có thể được xem là QTS và được sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ không; hoặc các loại tài sản khác như quyền được hưởng trợ cấp, tiền kỹ thuật số, tên miền trên internet v.v. có thể là đối tượng để bảo đảm nghĩa vụ không. Điều này đòi hỏi tác giả xem xét, nghiên cứu để có những kết luận và đề xuất phù hợp trong Luận án.

Nghiên cứu về điều kiện của QTSBĐ chưa có tác giả nào thực hiện. Tuy nhiên, liên quan đến TSBĐ nói chung, tác giả Lê Thị Thu Thủy (năm 2006) đã từng có nghiên cứu chuyên sâu về các biện pháp bảo đảm (biện pháp bảo đảm) tiền vay, trong đó, trên cơ sở BLDS 2005, tác giả đã phân tích rất cụ thể các điều kiện của TSBĐ<sup>34</sup>. Hoặc nghiên cứu về TSBĐ gắn với một biện pháp bảo đảm cụ thể như tác giả Vũ Thị Hồng Yến phân tích khá chi tiết đặc điểm của tài sản thế chấp trên cơ sở BLDS 2005 trong luận án của mình, năm 2014, thuộc Trường Đại học Luật Hà Nội, sau đó đã được cập nhật BLDS 2015 và in thành sách năm 2016<sup>35</sup>. Đây là những tư liệu nghiên cứu sinh có thể tham khảo khi xác định các điều kiện của QTSBĐ.

Những bài viết chung về hoàn thiện các quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản vô hình như bài viết của tác giả Bùi Đức Giang nghiên cứu bước đầu về vấn đề thế chấp QTS trong bài viết “Giao dịch bảo đảm bằng tài sản vô hình, một số gợi ý hoàn thiện quy định hiện hành” (năm 2014)<sup>36</sup>, hoặc bài viết “Đi tìm triết lý thế chấp QTS trong pháp luật Việt Nam” của tác giả Nguyễn Trường Giang và Bùi Đức Giang (năm 2012)<sup>37</sup>.

Một số tác giả có những nghiên cứu chuyên sâu về một hoặc một vài loại QTS nhất định, thường gắn với một biện pháp bảo đảm cụ thể, có thể kể đến một số nghiên cứu sau:

Sách chuyên khảo “*Pháp luật về thế chấp QSDĐ tại các tổ chức tín dụng ở Việt Nam-Thực trạng và hướng giải pháp*” của Nguyễn Thị Nga (năm 2016)<sup>38</sup> đã trình bày những vấn đề lý luận về thế chấp QSDĐ và pháp luật điều chỉnh thế chấp QSDĐ. Quyển sách đã nêu thực trạng pháp luật về thế chấp QSDĐ tại các TCTD ở Việt Nam, từ đó đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về vấn đề này. Công trình nghiên cứu này được trình bày trong bối cảnh BLDS

---

<sup>34</sup> Lê Thị Thu Thủy (2006), *Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*, NXB Tư pháp, Hà Nội.

<sup>35</sup> Vũ Thị Hồng Yến, tldd (9).

<sup>36</sup> Bùi Đức Giang, (2014), “Giao dịch bảo đảm bằng tài sản vô hình, một số gợi ý hoàn thiện quy định hiện hành”, Tạp chí *Ngân hàng*, (17), tr. 36-42.

<sup>37</sup> Nguyễn Trường Giang, Bùi Đức Giang, (2012), “Đi tìm triết lý thế chấp quyền tài sản trong pháp luật Việt Nam”, Tạp chí *Ngân hàng*, (07), tr. 56- 63.

<sup>38</sup> Nguyễn Thị Nga (2016), *Pháp luật về thế chấp QSDĐ tại các tổ chức tín dụng ở Việt Nam-Thực trạng và hướng giải pháp*, NXB Tư pháp, Hà Nội.



2005 nhưng những vấn đề lý luận trong công trình ít nhiều vẫn có giá trị so sánh, tham khảo khi nghiên cứu sinh phân tích về TSBĐ là QSDĐ trong luận án của mình.

Luận án của Nguyễn Quang Hương Trà (năm 2021) “*Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*”<sup>39</sup>, nghiên cứu đã phân tích các quy định pháp luật về thế chấp QSDĐ, lấy lý thuyết vật quyền và trái quyền làm chủ đạo. Trên cơ sở phân tích hiện trạng pháp luật, thực tiễn áp dụng thế chấp QSDĐ, tác giả đã đưa ra những kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật trong lĩnh vực này.

Luận án của Lê Trọng Dũng (năm 2020) “*Thế chấp quyền đòi nợ theo pháp luật Việt Nam*”<sup>40</sup>, nghiên cứu chuyên sâu các vấn đề lý luận về quyền đòi nợ và thế chấp quyền đòi nợ dựa trên cơ sở cấu trúc nội dung pháp lý về giao dịch bảo đảm do Uncitral khuyến nghị áp dụng. Luận án phân tích các bất cập, vướng mắc của pháp luật về thế chấp quyền đòi nợ tại Việt Nam, đưa ra các kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về thế chấp quyền đòi nợ.

Luận án của Nguyễn Bích Thảo (năm 2014) “*Khung pháp lý cho tài trợ vốn dựa trên tài sản trí tuệ: Đề xuất cải cách ở Việt Nam*”<sup>41</sup> đã nghiên cứu về pháp luật và thực tiễn bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ của Việt Nam, đồng thời nghiên cứu kinh nghiệm của Hoa Kỳ, Trung Quốc, các nước Đông Nam Á và hướng dẫn của Uncitral về việc phát triển nguồn tài chính dựa trên bảo đảm bằng tài sản trí tuệ. Luận án trình bày các đề xuất toàn diện nhằm cải cách khung pháp lý về tài trợ vốn dựa trên bảo đảm bằng tài sản trí tuệ tại Việt Nam.

Về các nghiên cứu bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS đối với đối tượng quyền SHTT không nhiều, có thể kể đến bài viết của tác giả Trần Thị Thu Hương (năm 2016) về cho vay dựa trên TSBĐ là tài sản trí tuệ - cơ hội, thách thức cho các NHTM Việt Nam<sup>42</sup>. Bài viết tập trung phân tích những lợi ích và những rủi ro đối với NHTM khi nhận TSBĐ là tài sản trí tuệ trong hoạt động cho vay.

Tác giả Bùi Đức Giang là một tác giả có nhiều bài viết liên quan đến việc thế chấp các QTS cụ thể, bước đầu có đề xuất những giải pháp khắc phục những hạn chế của quy định pháp luật liên quan đến việc thế chấp các QTS như phần vốn góp trong

<sup>39</sup> Nguyễn Quang Hương Trà (2021), *Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>40</sup> Lê Trọng Dũng (2020), *Thế chấp quyền đòi nợ theo pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Quốc gia Hà Nội.

<sup>41</sup> Nguyễn Bích Thảo (2014), *Legal Frameworks for Intellectual Property-Based Secured Financing: Proposals to Reform in Vietnam*, Luận án tiến sĩ luật, SMU Dedman School of Law, Mỹ.

<sup>42</sup> Trần Thị Thu Hương, (2016), “Cho vay dựa trên tài sản bảo đảm là tài sản trí tuệ-cơ hội, thách thức cho các ngân hàng thương mại Việt Nam” Tạp chí *Khoa học và Đào tạo ngân hàng*, (170), tr. 46-52.

doanh nghiệp, chứng khoán, tài khoản NH<sup>43</sup>. Ngoài ra còn có nghiên cứu của các tác giả khác về TSBĐ là phần vốn góp như bài viết của Đặng Ngọc Hương (năm 2016) về xử lý TSBĐ là cổ phần và phần vốn góp<sup>44</sup>.

### 1.1.3.2 Nước ngoài

Nghiên cứu của George Gretton (năm 2012) về “*Reform of Security over moveable property*” (dịch: Cải cách về bảo đảm bằng động sản)<sup>45</sup>. Ủy ban luật pháp Scotland có một dự án về TSBĐ là động sản vào năm 2011. Bài viết này thảo luận về khía cạnh bảo đảm của dự án, trong đó có so sánh với quy định của Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ (The Uniform Commercial Code -UCC) và Đạo luật bảo đảm nghĩa vụ bằng động sản (The Personal Property Security Act - PPSA). Dự án này giúp nghiên cứu sinh có sự am hiểu tốt hơn về quy định của các Đạo luật nước ngoài liên quan đến việc sử dụng các QTS là động sản để bảo đảm nghĩa vụ, so sánh với pháp luật Việt Nam nhằm có những đề xuất tiến bộ và phù hợp liên quan đến vấn đề này.

Một số tác giả có những nghiên cứu chuyên sâu về một loại tài sản nhất định, thường gắn với một biện pháp bảo đảm cụ thể, có thể kể đến một số nghiên cứu sau:

Nghiên cứu của Natania Locke (năm 2004) với tiêu đề “*The Use of Intellectual Property as Security for Corporate Debt*” (dịch: Sử dụng tài sản trí tuệ để đảm bảo cho khoản nợ công ty) đề cập đến vấn đề sử dụng quyền SHTT để đảm bảo các khoản vay. Tác giả cũng phân tích những rủi ro có thể xảy ra và cần có những giải pháp, quy định để hạn chế rủi ro này khi nhận tài sản trí tuệ để đảm bảo các khoản vay. Các khó khăn được đề cập như tài sản trí tuệ bảo đảm phải là những tài sản được pháp luật bảo vệ, vấn đề không thống nhất trong phương pháp định giá tài sản trí tuệ, vấn đề khai thác hoặc không khai thác tài sản trí tuệ được sử dụng để làm TSBĐ của người bảo đảm.

Một nghiên cứu khác có thể kể đến là bài viết của Brian W. Jacobs (năm 2011) với chủ đề “*Using intellectual property to secure financing after the worst financial crisis since the Great Depression*” (dịch: Sử dụng tài sản trí tuệ để bảo đảm khoản vay sau cuộc khủng hoảng tài chính từ cuộc đại suy thoái)<sup>46</sup>. Bài viết giới thiệu về lịch sử thế chấp quyền SHTT, phân tích những thuận lợi và bất lợi của việc thế chấp quyền SHTT. Bài viết cũng phân tích việc sử dụng tài sản thế chấp trong cuộc khủng hoảng

<sup>43</sup> Bùi Đức Giang, (2014), “Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp: từ quy định pháp luật đến thực tiễn,” Tạp chí *Nhà nước và pháp luật*, (4), tr. 37-45,58; Bùi Đức Giang, (2014), “Giao dịch bảo đảm có đối tượng là chứng khoán”, Tạp chí *Ngân hàng*, (8), tr.33-38; Bùi Đức Giang, (2019), “Nhận tài sản bảo đảm là phần vốn góp, cổ phần từ quy định pháp luật đến thực tiễn”, Tạp chí *Ngân hàng*, (01), tr. 24-27.

<sup>44</sup> Đặng Ngọc Hương, (2016), “Xử lý tài sản bảo đảm là cổ phần và phần vốn góp: Thiếu quy định, nhiều rủi ro”, [<https://www.thesaigontimes.vn/157477/Xu-ly-tai-san-bao-dam-la-co-phan-va-phan-von-gop-Thieu-quy-dinh-nhieu-rui-ro.html>] (truy cập ngày 03/8/2018).

<sup>45</sup> Gretton, G. L., (2012), “Reform of Security over Moveable Property”, *Edinburgh Law Review*, (16), tr. 261-282.

<sup>46</sup> Brian W. Jacobs, (2011). “Using intellectual property to secure financing after the worst financial crisis since the Great Depression”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, (15), tr. 449 - 464.

kinh tế thế giới và phân tích việc sử dụng tài sản trí tuệ để thế chấp trong tương lai sau cuộc khủng hoảng.

Quyển sách “*Security Interests in Intellectual Property*” (dịch: Những quyền lợi bảo đảm từ tài sản trí tuệ) do Toshiyuki Kono chủ biên (năm 2017) là cuốn sách học thuật đầu tiên về quyền lợi bảo đảm đối với tài sản trí tuệ được công bố<sup>47</sup>. Quyển sách là sự kết hợp nhiều bài viết của các chuyên gia thuộc các lĩnh vực khác nhau gồm các tác giả pháp lý, một chuyên gia trong tổ chức quốc tế và các nhà kinh tế học. Quyển sách này tập trung vào tài sản trí tuệ như là công cụ để vay nợ. Nhóm tác giả đã làm rõ tình hình sử dụng tài sản trí tuệ làm tài sản thế chấp thông qua một cuộc khảo sát được thực hiện tại Nhật Bản, những trở ngại khác nhau trong việc sử dụng tài sản trí tuệ để vay vốn, và một số dự án để tạo thuận lợi cho việc sử dụng chúng. Quyển sách cũng phân tích tài sản trí tuệ và các khoản nợ dựa trên sự hỗ trợ của tài sản này trên phạm vi toàn cầu. Tác giả đã phân tích những quy định của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (UNCITRAL), liên quan đến luật tài chính và pháp luật về phá sản, cũng như luật về SHTT. Đồng thời, công trình nghiên cứu này đã cung cấp những phân tích toàn diện từ quan điểm kinh tế. Với những kết quả nghiên cứu chuyên sâu về sử dụng tài sản trí tuệ làm TSBĐ trong nghiên cứu trên sẽ là nguồn tư liệu tham khảo quý báu khi xây dựng những quy định về TSBĐ là tài sản trí tuệ tại các NHTM ở Việt Nam.

Quyển sách “*Security Rights in Intellectual Property*” (dịch: Quyền lợi bảo đảm đối với tài sản trí tuệ) do Eva-Maria Kieninger chủ biên (năm 2020)<sup>48</sup> tập trung thảo luận về những thách thức pháp lý và kinh tế đối với việc tạo ra và thực thi các quyền lợi bảo đảm đối với tài sản trí tuệ, và khám phá các con đường cải cách có thể có. Một trong những thách thức chính đặt ra là việc doanh nghiệp cần tài trợ vốn để phục vụ cho hoạt động kinh doanh nhưng họ không có những tài sản truyền thống như đất đai để thế chấp vay vốn, trong khi họ lại sở hữu tài sản trí tuệ, được đánh giá là tài sản có giá trị, thậm chí có giá trị lớn nhưng chưa được nhận thế chấp rộng rãi, điều này đặc biệt thường xảy ra đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Quyển sách là tập hợp những bài viết của các chuyên gia thuộc nhiều nước trên thế giới như Úc, Áo, Bỉ, Brazil, Canada, Cộng hòa Czech, Anh và xứ Wales, Pháp, Đức, Ý, Nhật, ... hướng đến mục tiêu chung là tìm ra những giải pháp cho vấn đề pháp lý và kinh tế liên quan bảo đảm nghĩa vụ tiền vay bằng tài sản trí tuệ. Quyển sách là nguồn tư liệu tham khảo để tác giả so sánh quy định pháp luật của các nước với pháp luật Việt Nam về bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ, qua đó đối chiếu với hoàn cảnh kinh tế Việt Nam để tiếp thu chọn lọc những quy định phù hợp. Điều này có ý nghĩa quan trọng bởi các quy định về TSBĐ là tài sản trí tuệ vẫn còn khá sơ sài trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay.

<sup>47</sup> Toshiyuki Kono và các tác giả khác (2017), *Security Interests in Intellectual Property*, Springer, Singapore.

<sup>48</sup> Eva-Maria Kieninger et al (2020), *Security Rights in Intellectual Property*, Springer, Switzerland.

### 1.1.3.3 *Đánh giá*

**Thứ nhất**, các công trình nghiên cứu cho thấy việc sử dụng các QTS bảo đảm nghĩa vụ ở Việt Nam so với các nước trên thế giới vẫn còn hạn chế. Đặc biệt, qua các công trình nghiên cứu ở nước ngoài cho thấy QTS đối với đối tượng quyền SHTT đã được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ từ lâu và họ cũng đã có ít nhiều bài học kinh nghiệm từ việc bảo đảm này, đặc biệt tên miền cũng có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ (Eva-Maria Kieninger và các tác giả khác, 2020). Ở Việt Nam, các đối tượng này hầu như chưa được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ trong thực tiễn.

**Thứ hai**, về điều kiện pháp lý của QTSBĐ, hiện nay, các công trình nghiên cứu chủ yếu liên quan đến đặc điểm pháp lý của TSBD nói chung chưa có nghiên cứu riêng về đặc điểm pháp lý của QTSBĐ.

### 1.1.3.4 *Nội dung cần tiếp tục nghiên cứu*

Lý luận về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS tại các NHTM; lý luận về QTSBĐ được sử dụng bảo đảm trong hoạt động cho vay của NHTM ở Việt Nam: quan niệm về QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, đặc điểm pháp lý của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

Lý luận và quy định pháp luật về điều kiện pháp lý của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

Nghiên cứu thực trạng quy định của pháp luật về điều kiện của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ theo các văn bản pháp luật hiện hành, đánh giá những điểm hạn chế, vướng mắc trong quy định pháp luật. Luận án cũng nghiên cứu quy định pháp luật của một số nước về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS nhằm tham khảo kinh nghiệm cho Việt Nam.

Đưa ra những quan điểm và giải pháp sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về điều kiện của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Xây dựng các giải pháp liên quan điều kiện của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ nhằm nâng cao hiệu quả của việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cho vay của các NHTM dựa trên căn cứ, lý luận khoa học.

## 1.1.4 *Các công trình nghiên cứu về xử lý các quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ và xác định thứ tự ưu tiên thanh toán tại các ngân hàng thương mại*

### 1.1.4.1 *Trong nước*

Về xử lý QTSBĐ, bên cạnh các công trình nghiên cứu liên quan đến các QTS cụ thể nêu trên có chứa đựng nội dung xử lý QTSBĐ, còn có các công trình nghiên cứu về xử lý TSBD nói chung, một số công trình tiêu biểu như:

Sách của Nguyễn Minh Oanh và các tác giả khác (năm 2018), “*Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*”<sup>49</sup>. Mặc dù nghiên cứu ở khía cạnh dân sự nhưng điểm nổi bật mang tính bản chất có thể tham khảo, tư tưởng xuyên suốt của công trình là khi một tài sản trở thành TSBĐ tức bên bảo đảm đã xác lập vật quyền trên tài sản đó. Nghiên cứu xoay quanh việc bên nhận bảo đảm có những vật quyền gì cũng như vấn đề bảo đảm cho vật quyền đó được thực thi, trong đó bao gồm vật quyền quan trọng bao trùm là xử lý TSBĐ, trong lĩnh vực tín dụng NH cũng không ngoại lệ.

Nghiên cứu về xử lý TSBĐ khá nhiều, nhưng không có nghiên cứu nào toàn diện và chuyên sâu về xử lý QTSBĐ. Các nghiên cứu chuyên sâu về xử lý TSBĐ có thể kể đến như luận án tiến sĩ của Vũ Thị Hồng Yến (năm 2014)<sup>50</sup> với nội dung xử lý TSBĐ là một phần quan trọng của luận án và tác giả cũng đề cập đến vấn đề xử lý tài sản là tài sản trí tuệ, quyền đòi nợ, QTS phát sinh từ hợp đồng. Hoặc nghiên cứu của Bùi Đức Giang chuyên sâu về xử lý TSBĐ là quyền đòi nợ trong luận án của mình<sup>51</sup>. Các tác giả đã chỉ ra những bất cập và đề ra một số giải pháp để hoàn thiện quy định pháp luật về các TSBĐ này. Nghiên cứu khác như bài viết của tác giả Mai Hồng Quỳnh về xử lý TSBĐ và vấn đề quyền con người, bài viết của tác giả Nguyễn Quang Hương Trà về quy trình xử lý TSBĐ và một số kiến nghị, bài viết của tác giả Nguyễn Tiến Đông về một số giải pháp xử lý TSBĐ tiền vay<sup>52</sup>. Các nghiên cứu này đều phân tích xử lý tài sản trong khung cảnh BLDS 2005.

Thời gian gần đây, nghiên cứu về xử lý TSBĐ cũng được tác giả Trương Thanh Đức (năm 2017) phân tích nhưng chủ yếu theo hướng giải thích các quy định pháp luật hiện hành về xử lý tài sản và không có phân tích riêng về xử lý các QTS<sup>53</sup>. Tương tự như thế, tác giả Bùi Đức Giang (năm 2017) có bài viết về xử lý TSBĐ theo BLDS 2015<sup>54</sup>. Một số nghiên cứu khác về xử lý TSBĐ như bài viết của tác giả Nguyễn Thị

<sup>49</sup> Nguyễn Minh Oanh và các tác giả khác (2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

<sup>50</sup> Vũ Thị Hồng Yến (2014), *Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>51</sup> Bùi Đức Giang (2014), *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien (Giao dịch bảo đảm theo thỏa thuận có đối tượng là quyền đòi nợ theo quy định của pháp luật Pháp, Anh và Việt Nam) năm 2014*, Luận án tiến sĩ, Université Panthéon-Assas, Paris II.

<sup>52</sup> Mai Hồng Quỳnh, “Xử lý tài sản bảo đảm và vấn đề quyền con người”, *Kỷ yếu Hội thảo quốc tế về “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”*, do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức năm 2014 tại Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr.187 – 195; Nguyễn Quang Hương Trà, (2012), “Quá trình xử lý tài sản bảo đảm và kiến nghị hoàn thiện pháp luật”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật* (08), tr.4-7; Nguyễn Tiến Đông (2015), “Một số giải pháp xử lý tài sản bảo đảm tiền vay”, nguồn <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2015/10/20/mot-so-giai-phap-xu-l-ti-san-bao-dam-tien-vay-hien-nay/>, cập nhật ngày 9/3/2018.

<sup>53</sup> Trương Thanh Đức (2017), *9 Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng (Quy định, thực tế và thiết kế giao dịch theo Bộ luật dân sự hiện hành năm 2015)*, NXB Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội.

<sup>54</sup> Bùi Đức Giang, (2017), “Xử lý tài sản bảo đảm theo Bộ luật Dân sự 2015”, *Tạp chí Ngân hàng*, (01), tr. 97-99.

Gám (năm 2016) về xử lý TSBD trong tranh chấp hợp đồng tín dụng tại các NHTM<sup>55</sup>, bài viết của tác giả Nguyễn Thị Nhân và Tần Thị Lành về quy định của pháp luật Việt Nam về xử lý TSBD trong thi hành án dân sự và thực tiễn thi hành (năm 2016)<sup>56</sup>.

Luận án tiến sĩ luật học của Hoàng Văn Thành (năm 2018) “Pháp luật về mua bán nợ xấu từ hoạt động cho vay của các tổ chức dụng ở Việt Nam”, bên cạnh phân tích các quy định về mua bán nợ từ hoạt động tín dụng của NHTM, nghiên cứu cũng đề cập đến việc xử lý TSBD trong hợp đồng mua bán nợ, vấn đề chuyển giao quyền NHTM cho bên mua nợ liên quan đến TSBD.

Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán, Luận án tiến sĩ của Vũ Thế Hoài<sup>57</sup> là một nghiên cứu chuyên sâu về đăng ký giao dịch bảo đảm. Bên cạnh các vấn đề lý luận, luận án đã phân tích ba mô hình đăng ký giao dịch bảo đảm tiêu biểu trên thế giới, phân tích những hạn chế của hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam, từ đó đưa ra những kinh nghiệm có thể tham khảo để hoàn thiện hệ thống pháp luật, hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam. Nghiên cứu cũng phân tích về hiệu lực đối kháng phát sinh dựa trên đăng ký hoặc chiếm hữu, kiểm soát tài sản; đồng thời phân tích vấn đề thứ tự ưu tiên được xác lập trên cơ sở hiệu lực đối kháng ở các nước trên thế giới.

Một số các bài viết về đăng ký giao dịch bảo đảm thể hiện thứ tự ưu tiên thanh toán như bài của tác giả Nguyễn Văn Vinh về chủ nợ đặc quyền và đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam; bài viết của tác giả Vũ Đức Long về kinh nghiệm xây dựng, vận hành cơ chế đăng ký giao dịch bảo đảm của một số nước trên thế giới và bài học cho Việt Nam, bài viết của tác giả Đoàn Thị Diệp về đăng ký giao dịch bất động sản trong luật dân sự Pháp và so sánh với việc đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam, bài viết của tác giả Nguyễn Thị Thanh Hằng về giải pháp cải cách hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm tại Việt Nam<sup>58</sup>.

#### 1.1.4.2 Ngoài nước

**Về xử lý QTSBD**, nghiên cứu của Anthony T. Kronman và Thomas H. Jackson (năm 1979) về “Secured financing and priorities among creditors” (dịch: Nợ có bảo

<sup>55</sup> Nguyễn Thị Gám, (2016), “Xử lý tài sản bảo đảm trong tranh chấp hợp đồng tín dụng tại các ngân hàng thương mại”, Tạp chí *Ngân hàng*, (13), tr. 30 -33.

<sup>56</sup> Nguyễn Thị Nhân, Tần Thị Lành, (2016), “Quy định của pháp luật Việt Nam về xử lý tài sản bảo đảm trong thi hành án dân sự và thực tiễn thi hành”, Tạp chí *Dân chủ và Pháp luật*, (10 (295)), tr. 47-52.

<sup>57</sup> Vũ Thế Hoài, tldđ (33).

<sup>58</sup> Nguyễn Văn Vinh, (2013), “Chủ nợ đặc quyền và đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam”, Tạp chí *Dân chủ và Pháp luật*, (02(251)), tr. 37- 43; bài viết của Vũ Đức Long, (2014), “Kinh nghiệm xây dựng, vận hành cơ chế đăng ký giao dịch bảo đảm của một số nước trên thế giới và bài học cho Việt Nam”, Tạp chí *Dân chủ và Pháp luật*, (10), 2014, tr. 29-42; bài viết của Đoàn Thị Diệp, (2010), “Đăng ký giao dịch bất động sản trong luật dân sự Pháp và so sánh với việc đăng ký giao dịch bảo đảm ở Việt Nam”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (1 (162)), tr. 52-56; bài viết của Nguyễn Thị Thanh Hằng, (2012), “Giải pháp cải cách hệ thống đăng ký giao dịch bảo đảm tại Việt Nam, Tạp chí *Dân chủ và Pháp luật*, (8), tr. 22-27.

đảm và thứ tự ưu tiên giữa các chủ nợ)<sup>59</sup> đã phân tích thứ tự ưu tiên của các chủ nợ đối với TSBD cho các khoản nợ trên cơ sở phân tích Điều 9 của UCC. Mục đích của bài viết này là để phát triển một lý thuyết thống nhất giải thích một số quy tắc ưu tiên quan trọng nhất trong Điều 9.1 của UCC.

Nghiên cứu của Alan Schwartz (năm 1994) với tiêu đề “Taking the Analysis of Security Seriously” (dịch: Thực hiện phân tích về bảo đảm một cách nghiêm túc)<sup>60</sup> đã bình luận về những lý luận của Harris and Mooney xoay quanh Điều 9 của UCC, trên cơ sở đó phân tích về vấn đề bảo đảm đối với các khoản nợ.

Nghiên cứu của tác giả Saul Levmore và Hideki Kanda (năm 1994) với tiêu đề “Explaining creditor priorities” (dịch: Giải thích thứ tự ưu tiên của chủ nợ)<sup>61</sup> đã phân tích thứ tự ưu tiên của chủ nợ trong trường hợp người mắc nợ không còn khả năng thanh toán. Quá trình phân tích, các tác giả cũng đã bình luận quan điểm của các tác giả khác về vấn đề này.

*Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán*, sách của Hugh Beale và các tác giả khác<sup>62</sup> đã dành một chương để nói về đăng ký và những yêu cầu khác hoàn thiện giao dịch bảo đảm (registration and other perfection requirements), trong đó xác định đăng ký không phải là biện pháp duy nhất để xác định hiệu lực của giao dịch hoặc hiệu lực đối kháng với bên thứ ba mà trong trường hợp nhất định nó có thể phụ thuộc vào những điều kiện khác (other perfection requirements), đồng thời nhóm tác giả cũng đã trình bày quyền ưu tiên (priorities) của chủ nợ trong mối quan hệ với vấn đề đăng ký giao dịch bảo đảm và các điều kiện khác về hoàn thiện giao dịch bảo đảm.

Một số bài viết của người nước ngoài về kinh nghiệm đăng ký bảo đảm ở nước họ là cơ sở tham khảo trong quá trình nghiên cứu của tác giả như bài của Albert Franceskinj<sup>63</sup> về các loại giao dịch bảo đảm và đăng ký giao dịch bảo đảm, bài viết của Montserrat Perena Vicente<sup>64</sup> về đăng ký giao dịch bảo đảm trong pháp luật Tây Ban Nha và ảnh hưởng đối với hệ thống pháp luật các quốc gia Châu Mỹ La tinh. Các bài viết có đề cập đến vấn đề hiệu lực đối kháng là sở xác định thứ tự ưu tiên.

<sup>59</sup> Jackson, T. H., & Kronman, A. T., (1979), “Secured financing and priorities among creditors”, *The Yale Law Journal*, (88(6)), tr. 1143-1182.

<sup>60</sup> Schwartz, A., (1994), “Taking the Analysis of Security Seriously”, *Virginia Law Review*, tr. 2073-2087.

<sup>61</sup> Kanda, H., & Levmore, S., (1994), “Explaining creditor priorities”, *Virginia Law Review*, tr. 2103-2154.

<sup>62</sup> Hugh Beale et al (2012), tldd (28).

<sup>63</sup> Albert Franceskinj, “Các loại giao dịch bảo đảm và đăng ký giao dịch bảo đảm”, *Kỷ yếu hội thảo về “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”* do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức ngày 29/9/2014 tại Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 71-75.

<sup>64</sup> Montserrat Perena Vicente, “Đăng ký giao dịch bảo đảm trong pháp luật Tây Ban Nha và ảnh hưởng đối với hệ thống pháp luật các quốc gia Châu Mỹ La Tinh”, *Kỷ yếu hội thảo về “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”* do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức ngày 29/9/2014 tại Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 48-70.

### 1.1.4.3 *Đánh giá*

Về việc xác lập và thực hiện giao dịch bảo đảm bằng QTS, các công trình nghiên cứu thường là những nghiên cứu chung về giao dịch bảo đảm và xử lý TSBD nói chung (Vũ Thị Hồng Yến, 2014). Một vài nghiên cứu chuyên sâu về QTSBD những chỉ đề cập đến một loại QTS nhất định như QSDD, quyền đòi nợ, quyền đối với đối tượng quyền SHTT, phần vốn góp (Nguyễn Thị Nga, 2015; Lê Thị Thuý Bình, 2016; Bùi Đức Giang, 2014; Đặng Ngọc Hương, 2016, Bùi Đức Giang, 2019,...), hoặc chỉ đề cập đến một số khía cạnh nhất định của việc thế chấp QTS ở cấp độ bài báo trên tạp chí, cũng có những công trình nghiên cứu lớn về bảo đảm nghĩa vụ nhưng ở khía cạnh QTS, tác giả chỉ phân tích vấn đề bảo đảm nghĩa vụ đối với QTS cụ thể, ở khía cạnh cụ thể, trong vụ việc cụ thể của bản án như QSDD, quyền đòi nợ (Đỗ Văn Đại, 2017). Ở nước ngoài cũng có một số nghiên cứu về việc sử dụng tài sản trí tuệ là TSBD, là nguồn tham khảo hiệu quả trong việc học hỏi kinh nghiệm bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ của học của họ để xem xét khả năng áp dụng trong điều kiện cụ thể ở Việt Nam (Brian W. Jacobs, 2011; Kono, 2017; Eva-Maria Kieninger và các tác giả khác, 2020). Như vậy, ở mức độ nhất định, các nghiên cứu này đã phần nào chỉ ra được một số vấn đề bất cập trong việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ. Tuy nhiên, chưa có công trình nghiên cứu nào chuyên sâu và toàn diện về việc xác lập hoặc xử lý các QTSBD.

### 1.1.4.4 *Nội cần tiếp tục nghiên cứu*

*Một là*, Lý luận về QTSBD trong hoạt động cho vay của NHTM ở Việt Nam: khái niệm QTS, đặc điểm pháp lý của QTSBD. Điểm mới của Luận án là làm rõ những vấn đề còn mâu thuẫn, những nội dung chưa được nghiên cứu góp phần làm phong phú thêm lý luận về QTSBD, phù hợp với xu hướng vận động của pháp luật về QTSBD và yêu cầu của thực tiễn. Đặc biệt, phân tích những nét riêng biệt về QTSBD so với bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản nói chung.

*Hai là*, Luận án tập trung nghiên cứu thực trạng quy định của pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS theo các văn bản pháp luật hiện hành, đánh giá những điểm hạn chế, vướng mắc trong quy định pháp luật. Luận án cũng nghiên cứu quy định pháp luật của một số nước về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS nhằm tham khảo kinh nghiệm cho Việt Nam.

*Ba là*, luận án đưa ra những quan điểm và giải pháp sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về QTSBD, các giải pháp nâng cao hiệu quả của việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cho vay của các NHTM, đây là những kiến nghị mới dựa trên căn cứ, lý luận khoa học.

**Tóm lại, căn cứ vào những kết quả nghiên cứu có liên quan đến nội dung Luận án, nghiên cứu sinh đưa ra kết luận sau:**



Mặc dù các công trình khoa học trên không trùng với đề tài luận án "*Bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam*" của tác giả nhưng có chứa đựng những vấn đề có liên quan đến nội dung của đề tài. Kết quả nghiên cứu của các chuyên gia là nguồn tư liệu tham khảo để tác giả kế thừa và phát triển trong công trình nghiên cứu khoa học của mình.

Trên cơ sở đánh giá khách quan, toàn diện về tình hình nghiên cứu trong và ngoài nước các công trình khoa học liên quan đến Luận án cho thấy vấn đề bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS đã được các nhà khoa học quan tâm đáng kể. Các kết quả nghiên cứu được công bố đã giải quyết được một số vấn đề lý luận về QTS và bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, giúp nghiên cứu sinh có cách tiếp cận đúng đắn, có tính gợi mở cho nghiên cứu hoàn chỉnh các vấn đề lý luận, từ đó xác định quan điểm kiến nghị hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ trong hoạt động cho vay của các NHTM, giúp các QTS thuận lợi trở thành TSBĐ và nâng cao hiệu quả tích cực của việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ tại các NHTM. Bên cạnh đó, các công trình ít nhiều đánh giá thực trạng bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS ở Việt Nam trên cả phương diện lý luận và thực tiễn, đưa ra một số kiến nghị, giải pháp góp phần hoàn thiện pháp luật đối với việc bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS. Đó là những kết quả đạt được để Luận án có thể kế thừa và phát triển trong quá trình nghiên cứu đề tài "*Bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại ở Việt Nam*".

Tính đến thời điểm này, chưa có công trình nghiên cứu một cách tập trung và có hệ thống, chuyên sâu, toàn diện, dưới góc độ lý luận và thực tiễn ở Việt Nam về QTSBĐ. Chính vì vậy, vấn đề này vẫn chưa được giải quyết thấu đáo như đánh giá trên. Các giải pháp đưa ra trong các công trình đã công bố có những điểm phù hợp, có ý nghĩa tham khảo cho nghiên cứu sinh khi thực hiện đề tài. Tuy nhiên, vì các công trình nghiên cứu chỉ tập trung nghiên cứu về giao dịch bảo đảm và TSBĐ nói chung; hoặc tiếp cận ở một khía cạnh nào đó của giao dịch bảo đảm như xử lý TSBĐ, đăng ký giao dịch bảo đảm v.v; hoặc nghiên cứu về một QTS cụ thể là đối tượng của giao dịch bảo đảm. Vì thế, đa số các giải pháp được nêu ra từ các công trình nghiên cứu này chỉ đề cập đến một khía cạnh nào đó của pháp luật về QTSBĐ. Từ phân tích trên có thể thấy vẫn còn nhiều vấn đề bỏ ngỏ nghiên cứu sinh cần tiếp tục hoàn thiện để có được một công trình nghiên cứu chuyên sâu và toàn diện về QTS với tư cách là TSBĐ trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM ở Việt Nam.

## **1.2 Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu**

*Câu hỏi nghiên cứu tổng quát:* **Làm thế nào để thúc đẩy, đa dạng hóa các QTS được dùng bảo đảm và pháp luật cần hoàn thiện như thế nào nhằm nâng cao hiệu quả việc dùng QTS để bảo đảm tại các NHTM ở Việt Nam?**

*Giả thuyết nghiên cứu tổng quát:* Luật thực định của Việt Nam về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cấp tín dụng của các NHTM đang lạc hậu với lý

thuyết pháp lý về tài sản và bảo đảm nghĩa vụ. Trong hoạt động cấp tín dụng của NH trong những năm qua, nhiều QTS có giá trị lớn không được NH nhận làm TSBĐ, thay vào đó NH thường nhận TSBĐ là tài sản hữu hình.

Luật thực định về QTSBĐ của Việt Nam còn bất cập, không đáp ứng tốt các yêu cầu của quan hệ kinh tế thị trường hiện nay. Do đó, quy định pháp luật đã không thực hiện được vai trò điều chỉnh hiệu quả các quan hệ dân sự kinh tế. Chi phối đến việc thực thi các quy định về QTSBĐ gồm các nội dung cơ bản sau : (i) sự nhận diện rõ ràng đặc tính các loại QTS để có quy định phù hợp tương ứng, (ii) các quy định về điều kiện của QTSBĐ cần đầy đủ và phù hợp, thuận lợi cho các bên xác lập quan hệ bảo đảm, (iii) cần đảm bảo lợi ích chính đáng của các bên khi xử lý QTSBĐ, đặc biệt là quyền truy đòi và xác định thứ tự ưu tiên cần được quy định rõ ràng, cụ thể. Nếu pháp luật về QTSBĐ đáp ứng được các nội dung trên sẽ mở rộng các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, các chủ thể có nhiều cơ hội hơn trong việc tiếp cận tín dụng của NH.

### **Câu hỏi và giả thuyết nghiên cứu cụ thể:**

*Câu hỏi cụ thể thứ nhất:* Cơ sở lý luận về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS tại các NHTM là gì? Các loại QTS nào dùng bảo đảm nghĩa vụ?

*Giả thuyết nghiên cứu:* Các QTS vốn vô hình và đa dạng, việc xây dựng các quy định liên quan đến QTSBĐ không chỉ dựa trên các quy định chung về TSBĐ mà cần xây dựng trên cơ sở phù hợp với đặc tính của QTS.

Những vấn đề lý luận về QTS, đặc tính của QTS, về bản chất, đặc trưng của bảo đảm vụ bằng QTS, đặc điểm pháp lý của QTS, lý luận về xử lý QTSBĐ là cơ sở quan trọng để xây dựng các quy định liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cho vay của các NHTM.

Các loại QTS được phép sử dụng bảo đảm nghĩa vụ xét về mặt lý luận về bảo đảm nghĩa vụ có phạm vi rộng hơn so với luật thực định Việt Nam. Nhận diện một loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, mối tương quan giữa chúng khi sử dụng bảo đảm nghĩa vụ theo pháp luật Việt Nam vẫn là vấn đề còn vướng mắc.

*Câu hỏi nghiên cứu thứ hai:* QTS cần phải thỏa mãn những điều kiện pháp lý nào để trở thành TSBĐ? Những hạn chế của các quy định về điều kiện pháp lý của QTS được dùng bảo đảm cản trở QTS trở thành TSBĐ tại NHTM là gì? Giải pháp nào khắc phục các hạn chế này?

*Giả thuyết nghiên cứu:* Để trở thành TSBĐ, QTS phải đáp ứng được các điều kiện chung của một TSBĐ: thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, có thể chuyển giao trong giao dịch, có thể xác định được. Tuy vậy, những vấn đề liên quan đến các điều kiện này đối với QTSBĐ bị chi phối bởi đặc tính chung của QTS (vô hình, thường liên quan đến chủ thể thứ ba), đặc tính riêng của mỗi loại QTS, do vậy các nội dung cụ thể

về điều kiện sẽ có sự khác biệt nhất định khi xác định chúng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

Pháp luật về điều kiện để QTS trở thành TSBĐ còn hạn chế thể hiện ở một số nội dung chủ yếu: chưa giải quyết tốt việc xác định chủ sở hữu của bên bảo đảm trong một số trường hợp liên quan đến sở hữu chung, đến xác định quyền sở hữu đối với các QTS mới phát sinh, sự chi phối của người thứ ba trong việc quy định tính có thể chuyển giao, về tính xác định của QTSBĐ vẫn thiếu những hướng dẫn cụ thể, phù hợp, đặc biệt là xác định QTS hình thành trong tương lai.

*Câu hỏi nghiên cứu thứ ba:* Các quy định về xử lý QTSBĐ có những bất cập nào trong việc bảo đảm an toàn tín dụng NH, bảo đảm quyền lợi của bên bảo đảm và của các chủ thể khác có liên quan đến QTSBĐ?

Giả thuyết nghiên cứu: PL hiện hành tồn tại nhiều bất cập về các quy định liên quan đến các nội dung chủ yếu: (i) tính thực thi của quyền truy đòi QTSBĐ; (ii) sự hợp lý trong phương thức xử lý đối với việc định đoạt QTSBĐ; (ii) xác định phạm vi QTSBĐ để xử lý, (iii) xác định thứ tự ưu tiên khi xử lý QTSBĐ. Những bất cập trong xử lý QTS bảo đảm có thể xuất phát từ: (i) quy định về quyền truy đòi chưa đảm bảo được tính chủ động để NH nhận bảo đảm thực hiện thu giữ tài sản đối với QSDĐ, chủ động trong kiểm soát, nắm giữ QTSBĐ vô hình để xử lý, đặc biệt trong trường hợp QTS liên quan đến bên thứ ba, (ii) quy định về định đoạt QTSBĐ còn dè dặt, chưa tăng cường được sự chủ động của NHTM khi xử lý QTSBĐ, (iii) chưa xây dựng được một trật tự quyền ưu tiên trên cơ sở một mặt bảo đảm an toàn hệ thống NH, đồng thời bảo vệ quyền và lợi ích của bên bảo đảm và các chủ thể khác có liên quan. trên nguyên tắc công bằng.

*Câu hỏi nghiên cứu thứ tư:* Giải pháp pháp lý nào nhằm đa dạng hóa QTS dùng bảo đảm nghĩa vụ, cũng như nhằm nâng cao hiệu quả việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cho vay của các NHTM ở Việt Nam?

*Giả thuyết nghiên cứu:* Pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ nghĩa vụ bằng QTS để đáp ứng nhu cầu phát triển kinh tế, xã hội là cần thiết. Kiến nghị của luận án sẽ góp phần khắc phục những hạn chế của pháp luật đối với bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, đặc biệt là QSDĐ, QTS đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, phần vốn góp, cổ phần, thúc đẩy tín dụng NH, đảm bảo an toàn, lành mạnh của hoạt động cho vay của NHTM. Những đề xuất hoàn thiện pháp luật xuất phát từ thực tiễn bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, từ nhu cầu điều chỉnh pháp luật bảo đảm phù hợp với đặc tính của các QTS trên cơ sở học hỏi, tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm của một số nước trên thế giới.

### **1.3 Cơ sở lý thuyết của đề tài**

#### *1.3.1 Lý thuyết về rủi ro, quản trị rủi ro trong hoạt động ngân hàng*

Nội dung của lý thuyết này được thể hiện qua nhiều nghiên cứu của các nhà kinh tế<sup>65</sup>. Nội dung cơ bản của lý thuyết đều xác định rủi ro tín dụng là rủi ro chủ yếu của NH thông qua các giao dịch của NH với khách hàng hoặc đối tác của họ và quản trị rủi ro là nội dung rất quan trọng mà hầu hết các NH phải kiểm soát trong quá trình hoạt động. Về cơ bản, có 5 yếu tố xác định để quản trị rủi ro tín dụng gồm: tính cách, năng lực, vốn, điều kiện và TSBĐ<sup>66</sup>. Nội dung để xác định sớm và ngăn ngừa rủi ro, gian lận (nếu có) gồm: báo cáo cập nhật tình hình TSBĐ<sup>67</sup>, kiểm tra những thay đổi lớn, bất thường<sup>68</sup> và kiểm tra định kỳ thực tế<sup>69</sup>. Lý thuyết được sử dụng để chứng minh tầm quan trọng của QTSBĐ đối với hoạt động NH cũng như tầm quan trọng của nhu cầu điều chỉnh bằng pháp luật đối với việc bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cho vay của NHTM.

### 1.3.2 Lý thuyết về tài sản

Lý thuyết về tài sản là một trong những lý thuyết có nhiều quan điểm, trường phái<sup>70</sup>, lý thuyết về tài sản thể hiện sự phát triển của bản thân khái niệm tài sản qua các giai đoạn khác nhau<sup>71</sup>. Một số nội dung trong lý thuyết về tài sản có thể kể đến là:

Quan điểm của Wesley Newcomb Hohfeld trong công trình *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*<sup>72</sup>, và công trình *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*<sup>73</sup>, theo đó, Hohfeld cho rằng, ngoài quyền sở hữu (ownership) được nhấn mạnh như một vật quyền (trong so sánh với quyền đối nhân), khái niệm tài sản còn bao gồm trong đó đặc quyền (privilege) và

<sup>65</sup> (Josel Basis, 1998), Joke Basis (1998), Chrinko (2000), Crolina (2001), (Crolina, 2001), Martin Brownbridge and Colin Kirkpatrick, 2000, Gurley and Shaw (1955); Tobin(1969); Sealey and Lindley (1977); Diamond and Dybvig (1983); Baltensperger (1980); Diamond (1984,1991,1997); Eatwell, Milgate, and Newman (1989); Gorton and Pennacchi (1990); Bencivenga and Smith (1991); Bernanke and Gertler (1995), Rajan (1998), Myers and Rajan (1998), Allen and Gale (2004a, 2004b); Allenand Santomero (2001); Diamond and Rajan (2001); Kashyap, Rajan, and Stein (2002); Matthews and Thompson (2005); Casu and Girardone (2006); Dewatripont et al. (2010); Gertler and Kiyotaki (2011) and Stein (2014). Xem thêm: Kupper, E. F. (2000). Risk management in banking. Crisis, Vyas, M., & Singh, S. (2011); Risk Management in Banking Sector. BVIMR Management Edge, 4(1.); Bessis, J. (2011). Risk management in banking. John Wiley & Sons.

<sup>66</sup> Richard J. Kerwin, (1995), “Bankruptcy fraud”, *The Secured Lender*, tr. 90.

<sup>67</sup> Richard J. Kerwin, (1995), “Inventory fraud and field examination”, *The Secured Lender*, tr 24-32.

<sup>68</sup> Messod D. Beneish (1999), “The detection of earnings manipulation”, *Financial Analysis Journal*, tr. 24-36.

<sup>69</sup> Lewis Koflowits, (1997), “Reducing risks and exposure to fraud”, *The Secured Lender*, tr. 8-12.

<sup>70</sup> Lý thuyết về trung gian tín dụng của hoạt động ngân hàng được nhiều nhà kinh tế học nghiên cứu và ghi nhận qua các thời kỳ. Xem thêm Richard A. Werner, (2016), “A lost century in economics: three theories of banking and the conclusive evidence”, *International Review of Financial Analysis*, Vol 46, tr. 361- 379.

<sup>71</sup> Lý thuyết về tài sản chứng kiến sự xuất hiện của rất nhiều học thuyết và trường phái với cách tiếp cận khác nhau: từ học thuyết quyền tự nhiên, chủ nghĩa thực chứng, thuyết khái niệm, thuyết vị lợi đến thuyết tân khái niệm (neo conceptualism). Một số tác giả tiêu biểu như Aristotle, Locke, Jeremy Bentham, William.

<sup>72</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, (1917), “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*.

<sup>73</sup> Wesley Newcomb Hohfeld, (1913), “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*.

“power” (quyền). Quan điểm của Hohfeld có giá trị trong việc nhìn nhận, bóc tách các vật quyền của luật tài sản, trong đó, bản chất của luật tài sản là sự thu thập các quyền (sticks) trong một tập hợp quyền (the bundle of rights). Hohfeld cũng cho rằng, khái niệm tài sản không phải là quan hệ giữa con người và vật mà là quan hệ pháp lý giữa những người có liên quan đến tài sản đó<sup>74</sup>, bởi quyền (right) luôn xác lập một nghĩa vụ tương ứng (duty), mà vật thì không thể có nghĩa vụ<sup>75</sup>. Đồng quan điểm, Harold Demsetz nhận định tài sản là tập hợp các quyền, “một nhóm quyền”, và bản chất của tài sản là quan hệ giữa người với nhau, không phải giữa người đối với tài sản. Harold Demsetz cũng cho rằng các quyền này có thể chia sẻ bởi nhiều chủ thể khác nhau. Với lý thuyết này, tài sản có khả năng mang bất kỳ hình dạng hoặc hình thức nào<sup>76</sup>. Ở khía cạnh kinh tế, Barzel đã có một đóng góp cho diễn ngôn học thuật về giá trị tài sản, đặt giá trị vào trung tâm của tài sản. Ở một khía cạnh này, lý thuyết của Barzel có thể được xem như một phiên bản cấp tiến của lý thuyết quyền sở hữu. Tiêu chuẩn trong phân tích của Barzel là “các quyền kinh tế”, một quan niệm rất rộng về tài sản. Theo Barzel, khả năng thu được giá trị từ một tài sản cấu thành một QTS kinh tế. Chức năng của luật là để nhận ra hoặc không thừa nhận khả năng này.<sup>77</sup> Điều này mở ra cách tiếp cận trong việc xây dựng định nghĩa pháp lý về tài sản, với xu hướng ngày càng trở nên linh hoạt, gắn với sự vận hành của khái niệm tài sản trong kinh tế học. Nội dung đã nêu của các lý thuyết này không mâu thuẫn mà bổ sung cho nhau, được tác giả luận án vận dụng trong phân tích khái niệm và phạm trù của QTS trong xã hội công nghệ, điều kiện của QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại NHTM, quyền ưu tiên trong trường hợp phát sinh xung đột lợi ích giữa chủ nợ có bảo đảm bằng QTS và bên thứ ba kiểm soát QTSBĐ.

Lý thuyết của Guido Calabresi và Douglas Melamed trong công trình “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”<sup>78</sup>, khi tiếp cận từ góc độ hiệu lực của các quyền trong việc nhận diện khái niệm tài sản. Theo đó, nếu tài sản là một tập hợp của quyền thì có 3 “lớp” (là 3 quy tắc) bảo vệ các nhóm quyền này: quy tắc tài sản (property rule protection), quy tắc không thể chuyển nhượng (inalienability rule protection), quy tắc trách nhiệm pháp lý (liability rule protection). Các quyền pháp lý được bảo vệ bởi quy tắc không thể chuyển nhượng thì sẽ không thể

<sup>74</sup> AM Honore trong tác phẩm “Ownership” in A.G. Guest (ed.) Oxford Essays in Jurisprudence, Oxford University Press, (1961) đã đưa ra một định nghĩa về quyền sở hữu dựa trên quan điểm này. Từ đây, thuật ngữ “the bundle of rights” xuất hiện.

<sup>75</sup> Quan điểm của Hohfeld giá có trị trong việc nhìn nhận, bóc tách các vật quyền của luật tài sản, trong đó, bản chất của luật tài sản là sự thu thập các quyền (sticks) trong một tập hợp quyền (the bundle of rights).

<sup>76</sup> Harold Demsetz, (1967), “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, Vol. 57, tr. 347-359.

<sup>77</sup> Yoram Barzel, (1997), “Economic analysis of property rights”, (2d ed), *Cambridge University Press*.

<sup>78</sup> Guido Calabresi và Douglas Melamed, (1972), “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol 85, Number 6.

được chuyển nhượng ngay cả khi có sự đồng ý của chủ tài sản, các quyền được bảo vệ bởi quy tắc tài sản là những quyền có thể được chuyển nhượng theo giá mà chủ sở hữu đồng ý. Đặc biệt, hai tác giả cho rằng, những quyền được bảo vệ bởi nhóm quy tắc trách nhiệm pháp lý là những quyền có thể bị lấy đi bởi bên thứ ba theo giá được xác định bởi bên thứ ba. Chủ sở hữu không thể bác bỏ điều này (no veto power) vì đó là sự bù đắp tương xứng với những gì mà người này đã nhận được từ các bên thứ ba<sup>79</sup>. Lý thuyết được sử dụng khi nghiên cứu về bản chất pháp lý của giao dịch bảo đảm bằng QTS trong hoạt động NH. Theo đó, giao dịch bảo đảm bằng QTS có thỏa thuận chuyển giao quyền sở hữu QTSBĐ được cân nhắc là một thỏa thuận hợp pháp, phát sinh hiệu lực.

Gần đây, các học giả theo thuyết tân khái niệm và thuyết vị lợi đều chia sẻ quan điểm chung trong việc xác định nhiệm vụ thuộc về bản tính luật tài sản là: ghi nhận vật quyền thuộc về bản chất của tài sản (the in rem nature of property rights) và hệ thống hóa quy tắc vật quyền luật định (numerus clausus principle). Tác giả Henry E. Smith và Merrill trong hai bài viết “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”<sup>80</sup> (Tiêu chuẩn hóa tối ưu trong luật tài sản: các nguyên tắc giới hạn) và “Property/Contract Interface”<sup>81</sup> (Sự giao thoa tài sản/ hợp đồng) và bài viết của Henry E. Smith, “The Language of Property: Form, Context, and Audience”<sup>82</sup> (Ngôn ngữ của tài sản: hình thức, bối cảnh và quyền được lên tiếng), cho rằng, khi phạm vi của quyền sở hữu càng rộng thì chi phí tìm kiếm thông tin càng tăng đối với bên thứ ba. Đồng thời, các quan điểm cũng cho rằng, vì hợp đồng chỉ tạo ra quyền đối nhân và không thể ảnh hưởng tới các bên thứ ba, nên luật hợp đồng không cần tiêu chuẩn hóa. Trong khi, luật tài sản có nhiệm vụ: xác định rõ và cố định các vật quyền để giảm chi phí phân bổ thông tin về nguồn gốc tài sản và những quyền kèm theo của nó. Lý thuyết này được sử dụng trong các phân tích về nội dung thỏa thuận bảo đảm bằng QTS. Theo đó, vì yêu cầu tiêu chuẩn hóa của vật quyền bảo đảm, nên thỏa thuận chuyển giao quyền sở hữu QTS có điều kiện của giao dịch bảo đảm cần được xác định là một thỏa thuận hợp pháp, là một trường hợp bảo đảm trong luật.

Quan điểm của Barzel<sup>83</sup> trong công trình: “Economic analysis of property rights”<sup>84</sup> (Phân tích kinh tế của QTS) khi cho rằng, luật chỉ là một trong những công cụ

<sup>79</sup> Xem Trương Tuyết Minh, tldd (25), tr. 38.

<sup>80</sup> Henry E. Smith và Merrill, (2000), “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale Law Journal*.

<sup>81</sup> Henry E. Smith và Merrill, (2001), “Property/Contract Interface”, *Law. Review*.

<sup>82</sup> Henry E. Smith, (2003), “The Language of Property: Form, Context, and Audience”, *Stanford Law Review*.

<sup>83</sup> Mặc dù có nhiều ý kiến trái chiều nhưng quan điểm của Barzel có những điểm hợp lý nhất định và được nhiều học giả ghi nhận. Xem thêm Abraham Bell và Gideon Parchomovsky (2005), “A theory of property”, *Cornell Law Review*, Vol 90.

<sup>84</sup> Yoram Barzel, (1997), “Economic analysis of property rights”, *Cambridge University Press*.

để bảo vệ giá trị của tài sản và quyền sở hữu không thể là cơ chế bao trùm và duy nhất với khái niệm tài sản. Những giá trị của tài sản vẫn hiện diện và hữu ích với những chủ thể khác. Sự bảo vệ của pháp luật là không tuyệt đối và vẫn đòi hỏi chi phí nhất định. Quan điểm này có nhiều điểm tương đồng với lý thuyết của Grossman<sup>85</sup>, Hart<sup>86</sup> và Moore<sup>87</sup> (với luận điểm nổi tiếng về quyền định đoạt cuối cùng (residual rights) cho rằng, cấu trúc sở hữu tối ưu là chủ sở hữu phải chuyển giao ít nhất một phần quyền sở hữu của mình cho những người có khả năng kiểm soát thông tin có tính thiết yếu đối với việc sử dụng hiệu quả tài sản đó)<sup>88</sup>. Lý thuyết của Barzel được sử dụng để chứng minh sự cần thiết của việc xác định nhu cầu của các chủ thể giao dịch bảo đảm và chuyên hóa các ghi nhận này vào các quy định pháp luật giao dịch bảo đảm. Đồng thời, vì QTS có thể ảnh hưởng đến quyền, lợi ích những chủ thể khác, nên yêu cầu được bảo vệ một cách công bằng của những chủ thể này so với các chủ nợ có bảo đảm bằng QTS cần được xác định và cụ thể hóa trong quy định về trật tự quyền ưu tiên.

Abraham Bellt và Gideon Parchomovsky đã đưa ra lý thuyết về giá trị tài sản<sup>89</sup>. Theo đó đã trình bày lý thuyết thống nhất về tài sản dựa trên nhận thức sâu sắc rằng luật tài sản được tổ chức xung quanh việc tạo ra và bảo vệ giá trị vốn có trong quyền sở hữu ổn định. Hai tác giả cho rằng quan niệm truyền thống về tài sản với tư cách là quyền sở hữu đồ vật đã mờ nhạt trong thế kỷ trước và được thay thế bằng quan niệm mới về tài sản như một “tập hợp các quan hệ pháp lý trừu tượng”. Quan niệm định hướng “vật” về tài sản đặt ra những khó khăn thực sự trong một thế giới mà luật tài sản thường được áp dụng cho những khái niệm trừu tượng về mặt pháp lý như bằng sáng chế và bản quyền. Trong thời đại thông tin, nơi mà các QTS có giá trị nhất thường được tìm thấy ở những hàng hóa vô hình, “vật” ngày càng xa rời quy luật tài sản. Điều quan trọng là phải làm rõ rằng trong bối cảnh tài sản, thuật ngữ “vật” vượt ra ngoài các đối tượng vật chất. Việc sử dụng khái niệm “vật” của tài sản là rất rộng rãi, bao gồm không chỉ các vật phẩm hữu hình mà còn cả các ý tưởng và phẩm chất. Lý thuyết của Abraham Bellt và Gideon Parchomovsky được sử dụng cho các phân tích về khái niệm QTS, trong xã hội công nghệ sẽ tại những tài sản vô hình, dạng QTS ngày càng phổ biến, không chỉ các “vật” theo quan niệm cũ, đó có thể là các quyền “có giá trị”. Mặc dù vậy, lý thuyết này được vận dụng trong xây dựng khái niệm, phạm trù của QTS và QTSBĐ, phù hợp với xu hướng chung là hướng đến việc các tài sản vô hình - QTS tiệm cận với các quyền về kinh tế. Hai tác giả này cũng thừa nhận có những thứ,

---

<sup>85</sup> Grossman, S. and O. Hart, (1986), “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, Vol. 94, tr. 691-719

<sup>86</sup> Hart, O., (1995), *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford university Press.

<sup>87</sup> Hart, O. and J. Moore, (2007), “Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts”, *American Economic Review*, Vol. 97, tr. 182-186. Thường được nhắc đến là học thuyết GMH (GHM theory).

<sup>88</sup> Xem thêm Trương Tuyết Minh, tldđ (24).

<sup>89</sup> Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, (2005), “A theory of property”, *Cornell Law Review*, Vol 90.

những quyền bản thân chúng có dấu hiệu của tài sản, “có giá trị”, nhưng không thể được xem là QTS vì không có chế độ bảo vệ phù hợp. Điều này cho phép tác giả sử dụng lý giải sự tồn tại những quyền có giá trị nhưng không được thừa nhận là tài sản.

### 1.3.3 Lý thuyết về quyền sở hữu

Trong kinh tế học và luật, các định nghĩa về quyền sở hữu và các khái niệm có liên quan chặt chẽ như “sở hữu”, “tài sản” và “QTS” đang bị tranh cãi gay gắt<sup>90</sup>. Nói chung, quyền sở hữu được quan niệm là một nhóm các quyền, trong đó quan trọng nhất là chiếm hữu, quyền loại trừ và quyền kiểm soát. Tuy nhiên, đây là những thuật ngữ không rõ ràng. Ví dụ, "quyền kiểm soát" chính xác là gì và một cá nhân phải sở hữu bao nhiêu quyền kiểm soát để đủ điều kiện là "chủ sở hữu"? Và, có phải cả ba yếu tố trên đều cần thiết cho quyền sở hữu? Tuy nhiên, hầu hết các học giả khoa học xã hội và pháp lý dường như đồng ý với tuyên bố nổi tiếng của Oliver Wendell Holmes về bản chất của quyền sở hữu<sup>91</sup>: “Trong giới hạn do pháp luật quy định, chủ sở hữu được phép thực hiện quyền năng tự nhiên của mình đối với đối tượng không bị can thiệp và ít nhiều được bảo vệ trong việc loại trừ những người khác khỏi sự can thiệp đó”<sup>92</sup>. Do đó, Holmes cho rằng quyền quyết định trong việc sử dụng tài sản và quyền loại trừ người khác là chìa khóa cho định nghĩa về quyền sở hữu<sup>93</sup>. Bên cạnh đó, theo Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, tài sản gồm cả vật hữu hình và vật vô hình, tức chủ thể có quyền sở hữu đối với cả vật hữu hình và vật vô hình<sup>94</sup>. Vốn không thể cầm nắm được về vật chất nên về bản chất vật vô hình cũng chính là một loại tài sản đặc biệt, là tài sản dưới dạng QTS. Pháp luật thực định của các quốc gia cũng quy định nội dung quyền sở hữu cũng có nội hàm tương tự, chẳng hạn, trong hệ thống Civil Law quyền sử dụng (usus), quyền hưởng hoa lợi<sup>95</sup> (fructus) và quyền định đoạt

<sup>90</sup> Demsetz có nhiều bài viết liên quan đến vấn đề này như: Harold Demsetz (1964), “The Exchange and Enforcement of Property Rights”, *Journal of Law and Economics*, 7, 11 –26; Harold Demsetz, tldd (7), tr. 347–359; Harold Demsetz, (1988), “The theory of the firm revisited”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4(1), 141–161;

Bên cạnh đó còn có bài viết của nhiều tác giả khác như Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, tldd (17), tr. 531- 615; Holmes, O. W., (1881), “The common law”, *Boston: Harvard University Press*; Underkuffler, L. S., & Underkuffler, S. L., (2003), “The idea of property: Its meaning and power”, *Oxford: Oxford University Press on Demand*.

<sup>91</sup> Foss, N. J., Klein, P. G., Lien, L. B., Zellweger, T., & Zenger, T., (2021), “Ownership competence”, *Strategic Management Journal*, 42(2), tr. 302-328.

<sup>92</sup> Holmes, O. W., (1881), “The common law”, *Boston: Harvard University Press*. Trích dẫn lại từ Foss, N. J., Klein, P. G., Lien, L. B., Zellweger, T., & Zenger, T., (2021), “Ownership competence”, *Strategic Management Journal*, 42(2), tr. 304.

<sup>93</sup> Holmes, O. W., (1881), “The common law”, *Boston: Harvard University Press*. Trích dẫn lại từ Foss, N. J., Klein, P. G., Lien, L. B., Zellweger, T., & Zenger, T., (2021), “Ownership competence”, *Strategic Management Journal*, 42(2), tr. 304.

<sup>94</sup> Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, tldd (17), tr. 531- 615.

<sup>95</sup> Pháp luật Việt Nam xem quyền hưởng hoa lợi, lợi tức thuộc nội hàm của quyền sử dụng (Điều 189 BLDS 2015)



(abusus), còn chiếm hữu là một quan hệ thực tế<sup>96</sup>. Pháp luật Việt Nam quy định quyền sở hữu gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt (BLDS 2015 vẫn có một cơ chế định riêng về việc chiếm hữu).

Lý thuyết quyền sở hữu là cơ sở để hình dung “những thứ” là đối tượng của quyền sở hữu, trong đó gồm cả “những thứ” hữu hình và vô hình. Do vậy, tác giả sử dụng học thuyết này trong chương 2 khi lý luận về những QTS là đối tượng của quyền sở hữu, tức những QTS nào được xem là tài sản.

Theo lý thuyết về quyền sở hữu, chủ sở hữu có những quyền năng nhất định đối với tài sản, trong đó có quyền định đoạt và kiểm soát tài sản, đây là cơ sở để chủ sở hữu sử dụng tài sản nói chung, QTS nói riêng bảo đảm nghĩa vụ. Do vậy, lý thuyết này được tác giả sử dụng trong phân tích đặc điểm của QTSBĐ tại chương 3. Điều này giúp lý giải vì sao QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm.

#### 1.3.4 Lý thuyết vật quyền và trái quyền<sup>97</sup>

Trong quan niệm Latinh, vật quyền (jus in re) được hiểu là quyền được chủ thể (người có quyền) thực hiện trực tiếp và tức thì trên một vật mà không cần vai trò trung gian của một người khác<sup>98</sup>. Trong chừng mực đó, vật quyền đối lập với trái quyền (jus ad rem), là quyền được thực hiện chống lại một người nhằm đòi hỏi một lợi ích về tài sản. Khi xác lập hợp đồng bảo đảm, vấn đề cốt lõi chính là việc bên nhận bảo đảm xác lập quyền trên TSBĐ, quyền quan trọng nhất là xử lý TSBĐ khi sự kiện xử lý xảy ra (bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ được bảo đảm).

Pháp luật của nhiều nước trên thế giới khi xây dựng các quy định liên quan đến tài sản đã dựa vào lý thuyết vật quyền (real right) và trái quyền (right under an obligation or personal right). Sự vận dụng lý thuyết này trong quan hệ bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS phản ánh mức độ về khả năng tác động vào QTSBĐ của chủ thể có quyền. Tất nhiên, trong bản thân mỗi quan hệ này, chúng ta sẽ thấy yếu tố trái quyền của quan hệ, bởi vốn dĩ vật quyền và trái quyền là hai mặt đối lập. Khi xây dựng quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan đến vật (tài sản), nếu đặt nặng yếu tố trái quyền thì yếu tố vật quyền sẽ mờ nhạt và ngược lại.

<sup>96</sup> Ngô Huy Cương, tldđ (9), tr. 9.

<sup>97</sup> Các bài viết nghiên cứu về vật quyền và trái quyền như F. Terry và Ph. Simler (1999), *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, (52), Paris; ở trong nước có nhiều tác giả nghiên cứu về lý thuyết này như: Nguyễn Ngọc Điện, (2014), “Sự cần thiết vận dụng lý thuyết về vật quyền bảo đảm vào quá trình sửa đổi Bộ luật dân sự”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (2+3), tr. 39 – 46; các tác giả khác như Đỗ Văn Đại, (2015), ““Vật quyền bảo đảm, kinh nghiệm của nước ngoài cho Việt Nam?””, Tạp chí *Khoa học pháp lý*, (01), tr. 57-65, Nguyễn Thị Oanh và các tác giả (2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

<sup>98</sup> Xem F. Terry và Ph. Simler (1999), *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, (52), Paris (trích theo Nguyễn Ngọc Điện, (2014), “Sự cần thiết vận dụng lý thuyết về vật quyền bảo đảm vào quá trình sửa đổi Bộ luật dân sự”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (2+3), tr. 39 – 46.

Quan hệ vật quyền trong quan hệ bảo đảm cho phép chủ thể có quyền “áp đặt” quyền của mình lên tài sản, mà không cần đến sự đồng ý hoặc không đồng ý của chủ thể khác. Đây chính là sự khác biệt cơ bản giữa vật quyền với quan hệ trái quyền (trong quan hệ trái quyền thì quyền của chủ thể này đồng thời là nghĩa vụ của chủ thể khác).

Lý thuyết vật quyền và trái quyền được vận dụng trong Luận án khi phân tích các quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ bảo đảm, đặc biệt pháp luật cần được quy định như thế nào để bảo đảm quyền vốn có, chính đáng của bên nhận bảo đảm, bởi lẽ bản chất của quan hệ bảo đảm chính là nhằm xác lập quyền của bên nhận bảo đảm đối với TSBĐ. Cụ thể, một là, sử dụng để phân tích trong việc xác định tài sản là QTS, lý giải và phân biệt QTS này với các quyền khác đối với tài sản trong chương 2; hai là, lý thuyết này được sử dụng khi phân tích quyền định đoạt QTSBĐ của NHTM nhận bảo đảm khi xử lý tại chương 4.

### 1.3.5 Lý thuyết về chi phí giao dịch

Thuật ngữ "chi phí giao dịch" thường được cho là do Ronald Coase đặt ra. Tác giả là người đã sử dụng nó để phát triển một khuôn khổ lý thuyết để dự đoán khi nào các nhiệm vụ kinh tế nhất định sẽ được thực hiện bởi các doanh nghiệp và khi nào chúng sẽ được thực hiện trên thị trường. Tuy nhiên, mãi đến những năm 1970 thì thuật ngữ này mới xuất hiện trong những nghiên cứu đầu tiên của tác giả. Mặc dù Coase không đề cập đến thuật ngữ cụ thể nào, nhưng tác giả thực sự đã thảo luận về "chi phí của việc sử dụng cơ chế giá" trong bài báo “Bản chất của doanh nghiệp” năm 1937. Tại đó, Coase lần đầu tiên thảo luận về khái niệm chi phí giao dịch. Đây là lần đầu tiên khái niệm chi phí giao dịch được đưa vào nghiên cứu doanh nghiệp và tổ chức thị trường, nhưng mãi đến giai đoạn cuối những năm 1960 và đầu những năm 1970 thì đây mới được xem như một lý thuyết chính thức. Theo lý thuyết này, chi phí giao dịch càng cao thì cơ hội diễn ra giao dịch càng giảm, và hệ quả là thị trường ít sôi động, kinh tế kém phát triển và ngược lại. Lý thuyết không dừng lại ở chi phí giao dịch của các giao dịch cụ thể, cụm từ "chi phí giao dịch" được hiểu theo nghĩa rộng, theo Steven N. S. Cheung, chi phí giao dịch là bất kỳ chi phí nào phát sinh do sự tồn tại của các thể chế<sup>99</sup>. Với nghĩa rộng này, tác giả luận án sử dụng lý thuyết này trong các phân tích về xử lý QTSBĐ, các chi phí bỏ ra để hoàn tất việc xử lý và khấu trừ nợ. Trên cơ sở đó tìm ra những giải pháp có chi phí giao dịch tối ưu nhất.

<sup>99</sup> Ketokivi, Mikko; Mahoney, Joseph T. (2017), “Transaction Cost Economics as a Theory of the Firm, Management, and Governance”. *Oxford Research Encyclopedia of Business and Management*; Cheung, S. N. (1990), “On the New Institutional Economics (Discussion Paper Series No. 118)”. *Department of Economics, University of Hong Kong, Hong Kong*;

Xem thêm, Coase, R.H, (1937), “The nature of the firm”. *Economica*, 4(16), 386; Coase, R.H (1970). “The theory of public utility pricing and its application”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 113-128; Coase, R.H, (1998). “The new institutional economics”. *The American economic review*, 88(2), tr. 72-74; Rao, P (2002), *The Economics of Transaction Costs: Theory, Methods and Application*, Springer; Heald, P. J., (2005), “A transaction costs theory of patent law”, *Ohio St. LJ*, (66) (3), tr. 473-509.

### 1.3.6 Lý thuyết về hợp đồng

Oliver Hart và Bengt Holmstrom được coi là đại diện tiêu biểu cho những người nghiên cứu về lý thuyết hợp đồng<sup>100</sup>. Lý thuyết hợp đồng được tiếp cận ở nhiều nội dung, có thể kể đến là:

Lý thuyết tự do hợp đồng<sup>101</sup> trong việc nhìn nhận hợp đồng bảo đảm bằng QTS là một thỏa thuận giữa bên nhận bảo đảm và bên bảo đảm. Nghiên cứu các hợp đồng đảm bảo bằng QTS dưới góc độ của quyền tự do hợp đồng sẽ chỉ ra các giới hạn của tự do thỏa thuận giữa bên bảo đảm với bên nhận bảo đảm. Từ đó, góp phần tạo ra cơ sở cho việc phân định giới hạn của các thỏa thuận được pháp luật cho phép, những trường hợp cần có sự điều tiết của pháp luật và những trường hợp nên tôn trọng nguyên tắc tự chủ của các chủ thể trong hợp đồng trên cơ sở vẫn bảo đảm các nguyên tắc an toàn của tín dụng NH.

Một điểm đột phá của lý thuyết hợp đồng là hợp đồng không đầy đủ<sup>102</sup>. Lý thuyết hợp đồng không đầy đủ cũng đề cập đến quyền sở hữu và quyền kiểm soát. Đó là công bố quyền sở hữu trong hợp tác giữa các bên. Tác giả đã nêu ra một ví dụ về việc sở hữu một phát minh mới, rằng giả sử phát minh mới đòi hỏi việc sử dụng một cỗ máy đặc biệt và một kênh phân phối thì ai sẽ sở hữu cỗ máy đặc biệt và ai sẽ sở hữu kênh phân phối - nhà phát minh, nhà vận hành máy hay nhà phân phối. Câu trả lời nghiêng về phía người sáng tạo sẽ là chủ sở hữu phát minh đó, vì sáng tạo là điều khó khăn, còn là người đầu tư vào phát minh, nên người này xứng đáng là chủ phát minh. Lý thuyết này được sử dụng trong việc xác định chủ sở hữu đối với các QTS mới xuất hiện trong xã hội công nghệ đặc biệt là QTS đối với đối tượng quyền SHTT trong tình huống QTS xuất hiện khi có sự hợp tác của các bên.

## 1.4 Phương pháp luận, cách tiếp cận và phương pháp nghiên cứu

### 1.4.1 Phương pháp luận

Luận án được thực hiện trên cơ sở vận dụng phương pháp luận của chủ nghĩa Mác – Lênin với chủ nghĩa duy vật biện chứng và chủ nghĩa duy vật lịch sử để giải

<sup>100</sup> Xem: Hart, O., & Holmström, B., (1987), “The theory of contracts. In *Advances in economic theory: Fifth world congress*”, (Vol.1), Cambridge: Cambridge University Press, [<https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/64265/theoryofcontract00hart.pdf%3Bjsessi>]; Aghion, P., Dewatripont, M., Legros, P., & Zingales, L. (Eds.) (2015), “*The impact of incomplete contracts on economics*”, Oxford University Press.

<sup>101</sup> Học thuyết tự do hợp đồng xuất hiện từ những năm 1770 và liên tục phát triển, thay đổi về nội dung cho đến ngày nay. Mặc dù vậy, các nội dung chủ đạo của thuyết này, cho đến nay vẫn được công nhận là: tự do ý chí, bình đẳng, thiện chí, trung thực, sự can thiệp của nhà nước chỉ trong những điều kiện và phạm vi nhất định. Học thuyết này được áp dụng trong nhiều lĩnh vực trong đó có kinh tế và luật. Trong lĩnh vực pháp luật, thuyết tự do hợp đồng này là một trụ cột căn bản của pháp luật hợp đồng. Xem thêm bài tóm tắt về nội dung cuốn “The rise and fall of freedom of contract” của Patrick Selim Atiyah (1979) tại <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUJILawSoc/1982/13.pdf> truy cập 14:25 ngày 7/8/201.

<sup>102</sup> Grossman, Sanford J., and Oliver D. Hart, (1986), “The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration”, *Journal of Political Economy*, 94(4): 691-719.

quyết các vấn đề về pháp luật và nhu cầu điều chỉnh TSBĐ bằng QTS trong thời đại công nghệ số, đảm bảo phát triển xã hội, giữa kiến trúc thượng tầng và cơ sở hạ tầng; mối quan hệ giữa thực trạng bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS và sự hạn chế của hệ thống pháp luật, trong đó bao gồm thực trạng về điều kiện QTSBĐ và thực trạng xử lý QTSBĐ. Phương pháp luận khác được kết hợp để giải quyết các vấn đề trong Luận án gồm lý thuyết về rủi ro, quản trị rủi ro trong hoạt động NH, lý thuyết tài sản, lý thuyết về quyền sở hữu, lý thuyết về vật quyền và trái quyền, lý thuyết về hợp đồng, lý thuyết về chi phí giao dịch.

#### 1.4.2 Về cách tiếp cận của luận án

Luận án hướng đến việc tìm ra cơ chế để đưa QTS trở thành TSBĐ phổ biến trong thực tiễn hoạt động cho vay của các NHTM. Theo đó, tác giả tiếp cận cụ thể như sau:

Hướng tiếp cận liên quan đến kết cấu của luận án, đề tài được thiết kế kết hợp giữa cấu trúc theo chiều ngang và chiều dọc để phân tích. Các vấn đề cụ thể được thể hiện trực tiếp rõ ràng hơn với cấu trúc ngang, đồng thời cũng đảm bảo tính hệ thống, liền mạch của cả luận án với cấu trúc dọc.

(i) Theo chiều ngang: Luận án đánh giá theo từng vấn đề, có xác định hai nội dung trọng tâm để nghiên cứu gồm: (i) điều kiện pháp lý để QTS trở thành TSBĐ trong hoạt động cho vay; (ii) xử lý QTSBĐ trong hoạt động cho vay. Trong mỗi vấn đề nghiên cứu, tác giả đều trình bày cơ sở lý luận để làm nền tảng cho việc phân tích. Các vấn đề được chọn là một khâu quan trọng trong một giao dịch bảo đảm: điều kiện pháp lý là cơ sở quan trọng để NH làm căn cứ nhận QTS bảo đảm nghĩa vụ, xử lý QTS bảo đảm là khâu cuối cùng giúp NH có thể thu hồi nợ khi sự kiện bảo đảm xảy ra, nhằm khắc phục rủi ro tín dụng.

(ii) Theo chiều dọc: Xét về tổng thể, luận án vẫn thiết kế theo thứ tự từ lý luận chung về QTSBĐ, thực trạng pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS và cuối cùng là giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ.

Luận án không tiếp cận theo hướng nghiêng về bảo vệ cho một chủ thể nhất định nào trong quan hệ bảo đảm; thay vào đó, tác giả tiếp cận theo hướng dung hòa lợi ích của các bên trong quan hệ bảo đảm gồm NHTM nhận bảo đảm, bên bảo đảm và cả bên thứ ba có liên quan lợi ích đối với QTSBĐ.

Luận án kế thừa các kết quả nghiên cứu đã được công bố trước đó nhằm bổ sung các vấn đề lý luận và thực tiễn liên quan đến QTSBĐ trong hoạt động cho vay của các NHTM.

Luận án tiếp cận thực tiễn liên quan đến quy định về điều kiện của để QTS trở thành TSBĐ, xử lý QTSBĐ trên cơ sở so sánh, đối chiếu với quy định của các nước tiên tiến về lĩnh vực này.

Luận án kết hợp giữa lý thuyết khoa học và luật thực định, gắn chặt giữa lý luận và thực tiễn để đạt được kết quả nghiên cứu khoa học nhất.

### *1.4.3 Phương pháp nghiên cứu*

#### *1.4.3.1 Phương pháp phân tích*

Phương pháp phân tích để làm rõ, đánh giá, bình luận về các lý thuyết, các quan điểm, các quy định pháp luật, tình huống và thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cho vay của NHTM. Phương pháp được sử dụng xuyên suốt trong nội dung của luận án.

#### *1.4.3.2 Phương pháp tổng hợp*

Phương pháp tổng hợp được tác giả sử dụng nhằm hệ thống hóa các tài liệu, công trình nghiên cứu khoa học trong và ngoài nước đã được công bố để làm rõ các nội dung, kết quả nghiên cứu về QTSBĐ nhằm xác định những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu trong Luận án.

Phương pháp tổng hợp cũng được sử dụng nhằm khái quát hóa và đưa ra những kết luận sau quá trình phân tích, đánh giá các ý kiến, luận điểm khoa học về mặt lý luận; cũng như sau quá trình phân tích thực trạng và thực tiễn về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS tại các NHTM ở Việt Nam.

#### *1.4.3.3 Phương pháp phân tích tình huống*

Phương pháp được sử dụng chủ yếu trong phân thực trạng ở các chương 3 và 4 khi phân tích các tranh chấp về QTSBĐ trong lĩnh vực cho vay của NHTM ở Việt Nam. Phương pháp này được sử dụng để làm rõ vấn đề pháp lý trong tình huống, từ đó tìm ra hướng giải quyết tranh chấp dựa trên các quy định pháp luật.

#### *1.4.3.4 Phương pháp so sánh luật học*

Phương pháp so sánh được sử dụng để so sánh, đối chiếu các quy định của pháp luật của một số nước trên thế giới và pháp luật Việt Nam ở các nội dung: xác định phạm vi QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ; điều kiện pháp lý để các QTS trở thành TSBĐ; quyền truy đòi và định đoạt của bên nhận bảo đảm khi xử lý QTSBĐ; thứ tự ưu tiên thanh toán.

Phương pháp so sánh giúp nghiên cứu sinh nhận diện những điểm tương đồng và khác biệt của các quy định về QTSBĐ giữa các nước và Việt Nam. Từ đó, tìm ra những hạt nhân hợp lý trong quy định pháp luật nước ngoài có thể tiếp nhận và áp dụng hiệu quả trong điều kiện kinh tế, xã hội và văn hóa của Việt Nam.

#### *1.4.3.5 Phương pháp tiếp cận hệ thống liên ngành và đa ngành*

Đề tài tập trung phân tích việc bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong lĩnh vực pháp luật, lấy quy định pháp luật làm nền tảng. Tuy nhiên, để tăng tính toàn diện của chủ đề

ngiên cứu, luận án sử dụng phương pháp phân tích liên ngành như kinh tế, xã hội, lịch sử và pháp luật để làm rõ bản chất kinh tế, pháp lý và xã hội của QTSBĐ trong hoạt động cho vay của NHTM ở Việt Nam.

Phương pháp này được sử dụng chủ yếu trong việc xác định xác định phạm trù, phạm vi của QTS và QTSBĐ, làm rõ các QTS với các quyền khác không phải là tài sản.

Phương pháp này cũng được sử dụng khi phân tích các lý thuyết, các học thuyết pháp lý về QTS, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, từ đó nhận diện và đánh giá mức độ phù hợp và tính khả thi của các quy định pháp luật một cách toàn diện.

Phương pháp này cũng được sử dụng trong nội dung xử lý QTSBĐ, trong đó đưa ra những giải pháp pháp lý có tính đến yếu tố đảm bảo trật tự, an toàn xã hội, tiêu biểu là liên quan đến quyền truy đòi, quyền thu giữ tài sản. Phương pháp này cũng được áp dụng trong nội dung xác định thứ tự ưu tiên, các đề xuất liên quan đến vấn đề này cũng đặt trong mối quan hệ với các giao dịch dân sự, thương mại khác, đảm bảo hài hòa lợi ích của của các chủ thể không chỉ trong qua hệ bảo đảm mà còn có các chủ thể khác có liên quan.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Từ kết quả nghiên cứu ở Chương 1, tác giả đưa ra một số kết luận sau:

**Thứ nhất**, khái quát tình hình nghiên cứu cho thấy QTSBĐ được nghiên cứu chủ yếu dưới dạng một QTS cụ thể hoặc được nhắc đến trong những nghiên cứu chung về TSBD, hoặc được đề cập đến trong một số nghiên cứu khác về giao dịch bảo đảm. Chưa có nghiên cứu nào chuyên sâu và toàn diện về QTSBĐ.

**Thứ hai**, trên cơ sở hệ thống hoá các công trình nghiên cứu trong nước và nước ngoài liên quan đến QTSBĐ, Luận án đã nêu ra được các vấn đề có liên quan đến các công trình nghiên cứu trước đã đề cập, đồng thời đưa ra những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu bao gồm:

*Một là*, mô tả cụ thể hơn để nhận diện QTS theo nghĩa là một dạng tài sản vô hình, đề xuất một phạm vi cụ thể hơn về QTS phù hợp thực tiễn Việt Nam. Từ đó, Luận án sẽ phân tích vấn đề bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trên cơ sở các QTS này.

*Hai là*, phân tích lý luận về QTSBĐ nhằm làm rõ các điều kiện cần thiết mà QTS phải đáp ứng để trở thành TSBD, về xử lý QTSBĐ.

*Ba là*, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn QTSBĐ ở Việt Nam, phân tích kinh nghiệm ở một số quốc gia về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS và từ đó gợi mở khả năng áp dụng ở Việt Nam.

*Bốn là*, đề xuất kiến nghị và hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ ở Việt Nam, gồm các quy định về QTS, về điều kiện pháp lý để QTS trở thành TSBD, về xử lý QTSBĐ trong hoạt động cho vay của các NHTM.

**Thứ ba**, các lý thuyết nghiên cứu thích hợp áp dụng để giải quyết các vấn đề trên bao gồm: Lý thuyết về rủi ro, quản trị rủi ro trong hoạt động NH, lý thuyết về tài sản, lý thuyết về quyền sở hữu, lý thuyết vật quyền và trái quyền, lý thuyết về chi phí giao dịch, lý thuyết về hợp đồng; kết hợp với các phương pháp nghiên cứu cụ thể gồm: phương pháp phân tích, phương pháp tổng hợp, phương pháp phân tích tình huống, phương pháp so sánh luật học, phương pháp tiếp cận hệ thống liên ngành và đa ngành; hướng tiếp cận nghiên cứu cũng được trình bày trong chương này là cơ sở nghiên cứu của Luận án.

## CHƯƠNG 2

### NHỮNG VẤN ĐỀ CHUNG VỀ QUYỀN TÀI SẢN VÀ BẢO ĐẢM NGHĨA VỤ BẰNG QUYỀN TÀI SẢN TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

#### 2.1 Khái niệm, phân loại quyền tài sản

##### 2.1.1 Khái niệm quyền tài sản

Các nhà nghiên cứu tiếp cận QTS ở nhiều khía cạnh khác nhau. QTS có thể được tiếp cận dưới khía cạnh là quyền chủ thể; cũng có thể được tiếp cận dưới khía cạnh là một khái niệm pháp lý về tài sản.

##### ***QTS dưới khía cạnh là một loại quyền chủ thể***

Theo Đại từ điển kinh tế thị trường, QTS là quyền đối xứng của quyền nhân thân. Đó là quyền lợi dân sự có nội dung của cải vật chất nhất định, trực tiếp thể hiện thành lợi ích kinh tế. Dựa theo tính chất của nó, QTS có thể chia thành QTS công (của công), QTS tư hữu (của riêng) và QTS cá nhân. Dựa theo tính chất, QTS có thể chia thành quyền sở hữu và trái quyền (quyền chủ nợ).<sup>103</sup>

Quyền chủ thể có thể được hiểu là sự thừa nhận của pháp luật về việc một chủ thể được thụ hưởng một lợi ích nào đó và tất cả người khác phải tôn trọng sự thụ hưởng đó<sup>104</sup>. Quyền chủ thể còn được giải thích là những xử sự của một chủ thể xác định, được pháp luật cho phép và được bảo đảm thực hiện bằng sức mạnh cưỡng chế của Nhà nước, xác lập trên đối tượng là tài sản, hoặc xác lập trên người<sup>105</sup>. Xét theo tiêu chí giá trị tài sản của quyền, quyền chủ thể được chia thành hai loại gồm quyền chủ thể không định giá được bằng tiền gọi là quyền nhân thân, quyền chủ thể định giá được bằng tiền gọi là QTS.

Theo cách hiểu này, phạm trù QTS rất rộng, khi đó, không chỉ quyền sở hữu, quyền ưu tiên thanh toán, quyền thế chấp, cầm cố, quyền hưởng dụng, quyền chuyển nhượng, quyền cho thuê, quyền sử dụng, ... đều được gọi là các QTS.

***QTS dưới khía cạnh là một khái niệm pháp lý về tài sản.*** Xét về mặt khoa học pháp lý hiện nay chưa có một khái niệm thống nhất về QTS. Các nhà nghiên cứu tiếp cận QTS ở nhiều khía cạnh khác nhau, theo nghĩa rộng, hẹp khác nhau.

*QTS được hiểu là cách hình dung khác về tài sản*, theo luật La Mã cổ đại, tài sản là vật (res). Trong ngôn ngữ pháp lý La Tinh, thuật ngữ “res” vừa để chỉ một vật

<sup>103</sup> Nguyễn Hữu Quỳnh; Đỗ Huy Lâm, Trần Đức Hậu và các tác giả khác (1998), *Đại từ điển kinh tế thị trường*, Viện nghiên cứu và phổ biến tri thức bách khoa, Hà Nội, tr. 1953.

<sup>104</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2005), *tlđd* (4), tr. 17-18.

<sup>105</sup> Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2019), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế (tái bản có sửa đổi, bổ sung)*, Lê Minh Hùng chủ biên, NXB Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 38.



tồn tại theo tính chất của nó, một vật có biểu hiện vật chất và cụ thể. Mặc khác, “res” cũng được hiểu là quyền trừu tượng mà con người có được đối với vật. Nếu vật là đối tượng của quyền thì con người là chủ thể của quyền. Chính trong quan hệ đó mà vật được coi là tài sản<sup>106</sup>. Có lẽ chính vì “res” vừa được hiểu là “vật” và cũng được hiểu là “quyền” nên các hệ thống pháp luật hiện nay đã tiếp cận khái niệm tài sản theo hai hướng “vật” hoặc “quyền”. Như vậy, nếu tiếp cận (hình dung) tài sản là quyền thì QTS có phạm trù đồng nhất với tài sản.

Tiếp tục khẳng định quan điểm trên, theo tác giả Nguyễn Ngọc Điện, “ở góc độ pháp luật tài sản, quyền và vật được đặt đối lập với nhau, không để phân ra hai loại tài sản khác nhau, mà đưa ra hai cách hình dung khác nhau về tài sản, hai cách tiếp cận khác nhau đối với tài sản”<sup>107</sup>. Theo đó, về mặt pháp lý, tài sản có thể được nhận biết như là một vật hoặc một quyền: nếu là vật, ta có vật hữu hình và vật vô hình, nếu là quyền ta có quyền đối vật<sup>108</sup>, quyền đối nhân<sup>109</sup> và quyền khác do luật định<sup>110</sup>. Như vậy, với lý luận này, có thể hiểu QTS chính là tài sản được tiếp cận dưới khía cạnh quyền.

Tiếp nối quan điểm trên và làm rõ nội hàm của QTS, tác giả Lê Hồng Hạnh đã xác định rằng học thuyết và pháp luật các nước coi tài sản bao gồm các quyền đối với vật. Bất cứ vật gì mà cá nhân, con người cụ thể có quyền được pháp luật bảo vệ là tài sản của người đó. Vì thế, tài sản (property) bao gồm cả những quyền tuyệt đối (quyền sở hữu) và những QTS khác. Pháp luật định nghĩa tài sản là một hệ thống các quyền đối với những vật hữu hình và vô hình<sup>111</sup>. Như vậy, tác giả Lê Hồng Hạnh khẳng định rằng ở các nước, khái niệm QTS được tiếp cận theo nghĩa rất rộng và đồng nhất với khái niệm tài sản, gồm bất cứ loại quyền và lợi ích có giá trị nào đối với vật hữu hình và vô hình được pháp luật bảo vệ.

Cùng quan điểm trên, theo tác giả Phùng Trung Tập: “Quyền tài sản có thể được hiểu theo nghĩa rộng là tổng hợp các quyền và lợi ích của chủ thể trong việc chi phối, kiểm soát tài sản gồm chủ sở hữu và người có quyền khác với tài sản”<sup>112</sup>. Qua đây, có thể thấy tác giả nhìn nhận QTS theo nghĩa rộng, không chỉ bao gồm quyền sở

<sup>106</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2009), *Giáo trình Luật La Mã*, NXB Chính trị Quốc gia – sự thật. Hà Nội, tr.11.

<sup>107</sup> Nguyễn Ngọc Điện (2005), *tlđđ* (4), tr. 16-21.

<sup>108</sup> Các quyền được thực hiện trực tiếp trên một vật hữu hình mà không cần sự hỗ trợ của một người nào khác gọi là quyền đối vật.

<sup>109</sup> Các quyền được thực hiện chống lại một người gọi là quyền đối nhân; quyền chủ nợ là quyền đối nhân điển hình.

<sup>110</sup> Quyền không được thực hiện trực tiếp trên một vật, cũng không chống lại một người nào, mà tồn tại theo quy định của pháp luật, được gọi là quyền vô hình hay quyền vô hình tuyệt đối; quyền tác giả, ví dụ quyền sở hữu trí tuệ.

<sup>111</sup> Lê Hồng Hạnh, (2015), *tlđđ* (5), tr. 3-10.

<sup>112</sup> Trích theo Nguyễn Văn Cừ và các tác giả khác (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự 2015*, NXB. Công an nhân dân, tr. 228.

hữu mà bao gồm bất cứ quyền và lợi ích nào khác có giá trị kinh tế được pháp luật bảo vệ.

Các quan điểm cũng như việc xây dựng các quy định về tài sản ở các nước có lẽ bắt nguồn từ lý thuyết của Demsetz về tài sản được nêu ra từ 1967. Theo lý thuyết “bundle of right” của Harold Demsetz<sup>113</sup>, QTS có thể là một nhóm quyền có giá trị kinh tế. QTS là tập hợp của rất nhiều quyền và lợi ích, trong đó có các quyền cơ bản như quyền kiểm soát việc sử dụng tài sản, quyền thụ hưởng lợi nhuận thu được từ việc sử dụng tài sản, các quyền chuyển nhượng, thế chấp tài sản. Một QTS đương nhiên có thể bị kiểm soát và chia sẻ lợi ích bởi nhiều chủ thể. Tác giả đã khẳng định quyền sở hữu cũng thuộc phạm trù QTS. Tác giả cũng cho rằng QTS gồm quyền sở hữu và các QTS khác.

Đồng quan điểm với Harold Demsetz, nhưng nhấn mạnh và giải thích cụ thể hơn bản chất của tài sản, tác giả Phạm Duy Nghĩa cho rằng QTS có thể hiểu là cách ứng xử của con người đối với nhau liên quan đến tài sản. Pháp luật quy định mối quan hệ giữa con người đối với nhau đối với tài sản, chứ không quy định giữa người với tài sản. Bản chất của QTS là sự phân chia giới hạn tài nguyên khan hiếm. Trong QTS bao giờ cũng có hàm ý tập trung quyền kiểm soát cho người này và giới hạn hoặc loại trừ quyền đó đối với người khác<sup>114</sup>.

***QTS dưới khía cạnh kinh tế:*** Từ các nghiên cứu nêu trên, có thể thấy nếu nhìn từ góc độ kinh tế thì tất cả những gì trị giá được bằng tiền đều là tài sản. Và về mặt pháp lý, những thứ này cũng được gọi là tài sản nếu được pháp luật bảo vệ, nói cách khác, trừ trường hợp pháp luật không công nhận chúng là tài sản. Điều đó cũng đồng nghĩa, nếu hình dung tài sản là tập hợp các quyền, thì xét ở khía cạnh kinh tế, QTS chính là tất cả những quyền có nội dung kinh tế.

Như vậy, thuật ngữ “QTS” được các nhà nghiên cứu tiếp cận dưới nhiều góc độ khác nhau, QTS có thể được hiểu là một loại quyền chủ thể đối xứng với quyền nhân thân; QTS cũng được hiểu đồng nhất với tài sản, như là một cách hình dung khác về tài sản, tức tài sản là tập hợp các quyền; về nội hàm, QTS cũng có thể được hiểu đồng nhất với tài sản theo nghĩa rộng gồm quyền sở hữu và các QTS khác. Về bản chất, QTS còn được hiểu là cách ứng xử của con người đối với nhau liên quan đến tài sản. Xét dưới góc độ kinh tế, QTS là tất cả những quyền mang nội dung kinh tế.

***QTS còn được tiếp cận theo nghĩa hẹp như một loại tài sản vô hình. QTS là đối tượng nghiên cứu của Luận án được hiểu theo nghĩa hẹp, là một dạng tài sản vô hình.*** Với tư cách là một loại tài sản, QTS là đối tượng của quyền sở hữu theo quy định pháp luật.

---

<sup>113</sup> Harold Demsetz, tldd (7), tr. 347-359.

<sup>114</sup> Phạm Duy Nghĩa, tldd (6), tr.43

Theo một định nghĩa về tài sản, trong quyển Black's Law Dictionary, "*tài sản là một từ để chỉ mọi thứ là đối tượng của quyền sở hữu*"<sup>115</sup>. Với quy định hiện hành ở Việt Nam, quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt<sup>116</sup>. Như vậy, một thứ là đối tượng của quyền sở hữu có nghĩa là thứ đó có thể được chiếm hữu, sử dụng, định đoạt bởi một chủ thể nào đó<sup>117</sup>. Ở nhiều nước trên thế giới, quyền sở hữu gồm quyền sử dụng, quyền hưởng hoa lợi và quyền định đoạt, việc chiếm hữu tài sản được pháp luật các nước quy định như là một tình trạng thực tế đối với tài sản<sup>118</sup>. Theo học thuyết của Harold Demsetz<sup>119</sup> và thực tiễn đã cho thấy, một QTS có thể được thực hiện bởi nhiều chủ thể khác nhau. QTS có thể được nhiều người khác nhau thực hiện, và trong những trường hợp cụ thể, "*việc thụ hưởng các quyền trên không có ý nghĩa và thích hợp cho việc xác lập quyền sở hữu*"<sup>120</sup>. Nói cách khác, sẽ có những QTS thuộc về một chủ thể nào đó nhưng QTS đó không được xem là một loại tài sản vì chủ thể của quyền không được xem là chủ sở hữu. Các quyền này được gọi là quyền khác đối với tài sản,<sup>121</sup> hoặc các vật quyền thuần túy khác. Điều này cho phép chúng ta lý giải việc các quyền thế chấp, quyền cầm cố, quyền chuyển nhượng, quyền ưu tiên thanh toán, quyền truy đòi tài sản và các quyền khác ở mức độ nào đó có thể hiểu có giá trị kinh tế nhưng không được xem là tài sản.

Trong một nghiên cứu, tác giả Vũ Thị Hồng Yến đã đề xuất khái niệm tài sản như sau: "*Tài sản là vật hoặc quyền mà con người có thể kiểm soát được và trị giá được thành tiền*"<sup>122</sup>. Với khái niệm này, có thể thấy tác giả đã xem quyền là một loại tài sản tồn tại song song với tài sản là vật. Nói cách khác, có thể phân tài sản thành hai loại là vật và quyền. Điều này cũng có những tương đồng nhất định đối với quy định về tài sản trong BLDS Việt Nam<sup>123</sup>. Khái niệm này có ưu điểm là chỉ ra phạm trù cụ thể về tài sản, phản ánh được đặc điểm pháp lý của tài sản nói chung, QTS với tư cách là một loại tài sản nói riêng.

<sup>115</sup> Bryan A. Garner (1999), Black's Law Dictionary 7th edition, West Group, tr. 1232.

<sup>116</sup> Các nước theo truyền thống Civil Law quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền sử dụng, quyền hưởng hoa lợi và quyền định đoạt, còn trạng thái chiếm hữu là một quan hệ thực tế. Xem thêm Điều 206 BLDS Nhật Bản, Luật về quyền của Trung Quốc.

<sup>117</sup> Theo pháp luật dân sự Việt Nam, một mặt, xem quyền chiếm hữu là một quyền năng trong quyền sở hữu, mặt khác lại thiết kế chiếm hữu thành một nội dung riêng theo kiểu một hành vi thực tế.

<sup>118</sup> Phan Chí Hiếu và các tác giả, tldđ (13), tr. 31.

<sup>119</sup> Harold Demsetz, tldđ (7), tr. 347-359.

<sup>120</sup> SMH Inc (1987), *SMH Law School Summaries I, Third Edition, Real Property*, SMH Law School, tr.1.

<sup>121</sup> BLDS 2015 đã xác định các quyền này gồm quyền hưởng dụng, quyền bề mặt và quyền đối với các bất động sản liền kề (Điều 159). Xem thêm bài viết của Huỳnh Anh, "Tư duy vật quyền qua chế định tài sản và chế định chiếm hữu trong pháp luật dân sự", Tạp chí *Dân chủ và Pháp luật*, [https://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=450], (truy cập ngày 27/5/2020).

<sup>122</sup> Vũ Thị Hồng Yến, tldđ (9), tr. 23.

<sup>123</sup> Xem Điều 105 BLDS 2015, bên cạnh tài sản là vật và quyền, còn có tiền và giấy tờ có giá được quy định riêng như những tài sản đặc biệt.

Từ tất cả những phân tích và lập luận trên, nếu xét ở khía cạnh kinh tế, QTS có thể được hiểu là bất cứ quyền gì có nội dung kinh tế. Tuy vậy, dưới khía cạnh pháp lý, theo tác giả Nguyễn Thị Hồng Yến, được xem là tài sản cần được thỏa mãn đặc điểm “là các đối tượng mà con người có thể kiểm soát được”, nếu đó là đối tượng hữu hình, con người có thể nắm giữ, chiếm giữ được qua các giác quan tiếp xúc, nếu là đối tượng vô hình, con người phải có cách thức để quản lý, chi phối<sup>124</sup>. Đặc điểm “có thể kiểm soát được” là cơ sở để xác định “một thứ” là đối tượng của quyền sở hữu. Nói các khác, một quyền được xem là tài sản thì quyền đó phải kiểm soát được. Tuy nhiên, bản thân quyền kiểm soát khá trừu tượng nên, theo lý thuyết quyền sở hữu, có thể nhìn nhận theo quan điểm của Holmes, được hiểu là có quyền kiểm soát khi “Trong giới hạn do pháp luật quy định, chủ sở hữu được phép thực hiện quyền năng tự nhiên của mình đối với đối tượng không bị can thiệp và ít nhiều được bảo vệ trong việc loại trừ những người khác khỏi sự can thiệp đó”<sup>125</sup>.

Một khái niệm về QTS mà tác giả cho rằng đã khái quát được những đặc tính của nó với tư cách là một loại tài sản, theo đó, “QTS là một dạng tài sản đặc thù, không tồn tại dưới dạng vật chất hữu hình, là một loại quyền dân sự có nội dung kinh tế, có thể trị giá được bằng tiền, do chủ thể có quyền tự mình thực hiện hoặc yêu cầu người khác thực hiện nhằm thỏa mãn nhu cầu vật chất hoặc tinh thần của người có quyền”<sup>126</sup>. Khái niệm này đã bao quát được các đặc tính của QTS. Tuy nhiên, khái niệm này cũng chưa cho phép chúng ta phân biệt, nhận diện giữa QTS và quyền khác đối với tài sản và những vật quyền thuần túy khác trên tài sản.

Rõ ràng, không phải mọi QTS mang nội dung kinh tế, trị giá được thành tiền đều là tài sản với tư cách là một loại tài sản, là đối tượng của quyền sở hữu. Để được xem là tài sản, thì ngoài yếu tố có thể trị giá được thành tiền, còn có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự một cách độc lập (trừ trường hợp pháp luật hạn chế chuyển giao). Trong trường hợp đặc biệt, khi một vật quyền trở thành tài sản, chẳng hạn như đối với QSDĐ ở Việt Nam, đó là sự chuyển hóa trạng thái và tính chất pháp lý từ quyền năng của chủ thể thành QTS dưới tư cách là tài sản.

Qua nghiên cứu, tác giả nhận thấy QTS được xem là tài sản cần có những đặc trưng cơ bản sau:

QTS là một loại quyền dân sự, theo nghĩa rộng, QTS trong đó sẽ có những QTS về mặt pháp lý được xem là tài sản, và những QTS không được xem là tài sản.

<sup>124</sup> Xem Vũ Thị Hồng Yến, tldd (9), tr. 21. Theo tác giả Vũ Thị Hồng Yến, tài sản phải có hai đặc điểm pháp lý cơ bản: một là, tài sản là những đối tượng mà con người có thể kiểm soát được; hai là, tài sản phải trị giá được bằng tiền.

<sup>125</sup> Holmes, O. W., (1881), “The common law”, Boston: Harvard University Press.

<sup>126</sup> Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2019), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế (tái bản có sửa đổi, bổ sung)*, Lê Minh Hùng chủ biên, NXB Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 40.

Như vậy, QTS theo nghĩa rộng là gồm các vật quyền (quyền ưu tiên thanh toán, quyền thế chấp, quyền cầm cố, quyền hưởng dụng,...) và trái quyền (quyền đòi nợ, quyền yêu cầu cấp dưỡng,...) và cả những quyền không phải vật quyền, cũng không hẳn trái quyền, đó là quyền do luật định. Nếu hình dung tài sản ở khía cạnh quyền, QTS theo nghĩa rộng này không chỉ bao hàm tài sản mà còn bao hàm các vật quyền khác không được xem là tài sản (tức còn có các quyền khác đối với tài sản). Cũng có thể khái quát, theo nghĩa rộng thì QTS được hiểu là mọi quyền mang tính tài sản-mọi xử sự được phép có đối tượng liên quan đến sự khai thác hay chuyển dịch các tài sản hay các lợi ích vật chất<sup>127</sup>. Theo nghĩa hẹp, QTS được hiểu là một loại tài sản<sup>128</sup>, khi đó chủ sở hữu có quyền thực hiện mọi hành vi đối với đối tượng quyền đó miễn không trái pháp luật, trong đó cơ bản là quyền kiểm soát<sup>129</sup>, quyền sử dụng và quyền định đoạt.

**QTS mang nội dung kinh tế có thể kiểm soát được, trị giá được bằng tiền.**

Là một loại tài sản, QTS phải có đặc tính của tài sản là mang nội dung kinh tế. Tuy vậy, một “thứ” gọi là có giá trị kinh tế, đôi khi không thể kiểm soát được và cũng không thể xác định một giá trị thành tiền cụ thể, những trường hợp này có thể nói là có tính chất tài sản nhưng rất khó để gọi đó là tài sản để điều chỉnh dưới góc độ pháp lý. Ví dụ, tri thức của đội ngũ nhân viên trong công ty, lượng khách hàng của công ty. Do đó, nội dung kinh tế đó phải trị giá được bằng tiền, tức là giá trị đó có thể định lượng được.

**QTS có tính vô hình.** QTS không có hình thái vật chất, nếu có biểu hiện dưới hình thái vật chất thì về bản chất đó là vật thể “mang” chứa đựng QTS, tức QTS có thể chứa đựng trong hoặc trên thực thể vật chất, nhưng giá trị của thực thể vật chất là không đáng kể so với giá trị QTS (chẳng hạn, bản ghi âm, ghi hình là vật hữu hình, nhưng QTS ở đây là quyền tác giả đối với bản ghi âm, ghi hình đó). Hoặc thông qua vật hữu hình là cơ sở để nhận biết, minh chứng cho QTS vô hình (chẳng hạn, giấy chứng nhận, đĩa mềm máy tính, hợp đồng,...).

Như vậy, tài sản gồm “vật” hoặc “quyền”<sup>130</sup>, vật ứng với tài sản hữu hình và quyền là tài sản vô hình<sup>131</sup>. Nói cách khác, về phạm vi, QTS chính là tài sản vô hình, tồn tại bên cạnh và song song với tài sản hữu hình<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> Trần Văn Biên và các tác giả khác, tldđ (12), tr. 39.

<sup>128</sup> Trần Văn Biên và các tác giả khác, tldđ (12), tr. 39.

<sup>129</sup> QTS là vô hình nên không thể chiếm hữu như đối với tài sản hữu hình, vì vậy, chủ sở hữu QTS có quyền kiểm soát QTS thay vì quyền chiếm hữu.

<sup>130</sup> Vũ Thị Hồng Yến, tldđ (9), tr. 23.

<sup>131</sup> Một tác giả đã nhận xét “Thường thì các tác giả đồng hóa “tài sản vật chất liệu” với tài sản hữu hình và “quyền tài sản” (phi vật chất liệu) với tài sản vô hình, tuy nhiên, sự phân loại này là tương đối, vì có những quyền tài sản không hoàn toàn vô hình mà gắn với tài sản vật chất cụ thể (QSĐĐ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên,...) hoặc bản thân chúng tồn tại bằng cách vật chất hóa (quyền đòi nợ thể hiện trên giấy tờ và số nợ xác định, quyền đòi với phân vốn góp thành lập doanh nghiệp..)”. Xem: Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí

Qua những phân tích nêu trên, có thể khái quát QTS dưới tư cách là một loại tài sản như sau: **“Quyền tài sản là một loại tài sản đặc thù, không tồn tại dưới dạng vật chất hữu hình, là những quyền con người có thể kiểm soát được, mang nội dung kinh tế, trị giá được bằng tiền, có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự, trừ trường hợp pháp luật không cho phép chuyển giao. QTS là khái niệm đồng nhất với tài sản vô hình.”**

### 2.1.2 Phân loại quyền tài sản

Dựa vào tính chất của QTS, QTS có thể chia thành quyền đối vật, quyền đối nhân<sup>133</sup> và QTS theo luật định. Pháp luật Việt Nam định nghĩa QTS theo hướng liệt kê, vừa mô tả. Theo đó QTS gồm: QSDĐ, QTS đối với đối tượng quyền SHTT và các QTS khác trị giá được thành tiền (Điều 105 BLDS 2015). Theo cách phân loại này, QSDĐ là quyền đối vật bởi chủ thể của QSDĐ có thể trực tiếp chi phối đến đất đai mà không cần thông qua người khác<sup>134</sup>, quyền đối nhân như quyền đòi nợ, quyền yêu cầu chủ thể khác thực hiện một công việc nhất định, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại; quyền theo luật định như QTS đối với đối tượng quyền SHTT.

Dựa vào mục đích bảo vệ quyền sở hữu của chủ sở hữu, QTS có thể chia thành QTS tuyệt đối và QTS tương đối. QTS tuyệt đối là QTS của chủ sở hữu được luật xác định và nghĩa vụ là bất kỳ chủ thể nào trong xã hội. Ví dụ, QTS đối với đối tượng quyền SHTT, chủ thể của quyền này là tác giả, cá nhân, tổ chức được cấp văn bằng bảo hộ, chủ thể có nghĩa vụ là bất kỳ cá nhân nào. QTS tương đối trong đó quyền và nghĩa vụ được xác định mà không có hiệu lực đối với người thứ ba. Chỉ có chủ sở hữu QTS mới có quyền yêu cầu người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ, chủ thể khác không có nghĩa vụ thực hiện. Ví dụ, quyền đòi nợ, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, quyền được nhận tiền bảo hiểm đối với tài sản.

---

Mình (2019), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế (tái bản có sửa đổi, bổ sung)*, Lê Minh Hùng chủ biên, NXB Hồng Đức, Hà Nội, tr. 39 (phần chú thích).

<sup>132</sup> Ở các nước không phân loại như thế, họ phân thành tài sản hữu hình và tài sản vô hình. Bên cạnh đó, vật gắn với tài sản hữu hình, quyền tương ứng với tài sản vô hình. Nhiều tác giả ở Việt Nam có bài viết liên quan đến vấn đề này như : Xem Ngô Huy Cương, (2009), “Những bất cập về khái niệm tài sản, phân loại tài sản của Bộ luật dân sự 2005 và định hướng cải cách”. Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (22)(159), tr. 21-29. Nhận xét này được đưa ra vào thời điểm BLDS 2005 đang có hiệu lực, tuy nhiên xét trong điều kiện BLDS 2015 thì nhận định về vấn đề này vẫn phù hợp; Vũ Thị Hồng Yến, tldđ (9), tr. 23. Nguyễn Văn Vân, (2020), “Tài sản và quyền sở hữu-kinh nghiệm từ pháp luật Liên Bang Nga”, Tạp chí *Khoa học pháp lý Việt Nam*, (4)(104), tr. 39 – 41.

<sup>133</sup> Theo Trần Văn Biên và các tác giả khác, tldđ (12), tr. 41-42, QTS chủ yếu là các loại trái quyền. Sở dĩ QTS không phải là vật quyền bởi lẽ vật quyền được hiểu là các quyền đối với tài sản, trong đó bao gồm cả quyền đối với QTS. Nếu như vật là tài sản thì các quyền đối với vật đó sẽ không thể là tài sản được nữa, tuy nhiên chúng ta phải chấp nhận một số ngoại lệ như QSDĐ ở Việt Nam, QTS đối với các đối tượng của quyền SHTT.

<sup>134</sup> Theo Trần Văn Biên và các tác giả khác, tldđ (12), tr. 41-42, QTS chủ yếu là các loại trái quyền. Sở dĩ QTS không phải là vật quyền bởi lẽ vật quyền được hiểu là các quyền đối với tài sản, trong đó bao gồm cả quyền đối với QTS. Nếu như vật là tài sản thì các quyền đối với vật đó sẽ không thể là tài sản được nữa, tuy nhiên chúng ta phải chấp nhận một số ngoại lệ như QSDĐ ở Việt Nam, QTS đối với các đối tượng của quyền SHTT.

Dựa vào nguồn gốc hình thành và chế độ pháp lý, QTS có thể chia thành QTS phải đăng ký và QTS không phải đăng ký. Do tính chất đặc thù của QTS mà pháp luật quy định phải đăng ký để lưu thông, đồng thời đảm bảo sự quản lý của nhà nước đối với việc quản lý tài sản. Ví dụ, QSDD, đa số QTS đối với đối tượng quyền SHTT là những tài sản phải đăng ký. QTS không phải đăng ký là QTS mà việc thực hiện quyền, chuyển giao quyền không bị hạn chế bởi những quy định đăng ký. QTS có thể chuyển giao (có tính chất tài sản đầy đủ) và QTS không thể chuyển giao (không có tính chất tài sản đầy đủ). Ví dụ, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, ...

Dựa theo quy định của Bộ luật dân sự hiện hành và các quy định liên quan, QTS được phân thành 3 nhóm: (i) quyền sử dụng đất, (ii) QTS đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, (iii) QTS khác trị giá được thành tiền như: quyền đòi nợ, QTS phát sinh từ việc góp vốn, QTS phát sinh từ hợp đồng và các QTS khác.

## **2.2 Các loại quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại**

### *2.2.1 Quan niệm về quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ*

Pháp luật Việt Nam không có định nghĩa về QTSBĐ. Trước đây, theo Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm (sau đây gọi là NĐ 163/2006/NĐ-CP), TSBĐ được định nghĩa: “*Tài sản bảo đảm là tài sản mà bên bảo đảm dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên nhận bảo đảm*”. Nghĩa vụ được bảo đảm có thể là nghĩa vụ trong nhiều lĩnh vực khác nhau, nhưng định nghĩa này chỉ đề cập đến “nghĩa vụ dân sự” là chưa thể hiện được tính khái quát, toàn diện. Như vậy, có thể hiểu, QTSBĐ là tài sản vô hình mà bên bảo đảm dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo đảm. Trong hoạt động NH, QTSBĐ chính là sản vô hình mà bên bảo đảm dùng bảo đảm nghĩa vụ đối với khoản tín dụng do NH cấp cho bên bảo đảm hoặc bên thứ ba.

BLDS 2015 cũng không đưa ra định nghĩa TSBĐ, thay vào đó nêu một số đặc điểm của TSBĐ, từ đó có suy ra QTSBĐ có những đặc điểm: (i) QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm trừ trường hợp cầm giữ hoặc bảo lưu quyền sở hữu; (ii) QTS phải xác định được; (iii) QTS có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai, (iv) Giá trị của QTSBĐ có thể lớn hơn, bằng hoặc nhỏ hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm (Điều 295). Quy định này cũng được cụ thể hóa tại Điều 8 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (sau đây gọi là NĐ 21/2021/NĐ-CP), theo đó tài sản dùng để bảo đảm nghĩa vụ gồm tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai, trừ trường hợp pháp luật cấm mua bán, cấm chuyển nhượng hoặc cấm chuyển giao khác về quyền sở hữu tại thời điểm xác lập hợp đồng bảo đảm, biện pháp bảo đảm. Với tư cách là TSBĐ, QTSBĐ cũng mang những đặc điểm này. Pháp luật Việt Nam bên cạnh việc đưa ra các đặc điểm chung về tài sản, việc liệt kê các tài sản được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ nói

chung, các tài sản là QTS nói riêng được quy định trong các văn bản hướng dẫn về bảo đảm nghĩa vụ.

Về đối tượng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, xuất phát từ quan niệm về tài sản, về QTS dẫn đến các QTS được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ có phạm vi khác nhau. Hệ thống các nước Civil law đặc biệt nhấn mạnh đến tính chất tuyệt đối, toàn vẹn, không thể phân chia của quyền sở hữu thì các nước Common law tiếp cận QTS (property) từ góc độ tập hợp các quyền đối với tài sản (bundle of rights) và ít chú trọng đến quyền sở hữu trọn vẹn. Chính vì vậy, việc xác định một QTS có thể trở thành đối tượng bảo đảm nghĩa vụ bị chi phối nhiều bởi tính trọn vẹn của quyền sở hữu. Pháp luật Việt Nam tiếp cận TSBD này, tức là đối tượng QTS bảo đảm nghĩa vụ có đủ các yếu tố chiếm hữu, sử dụng, định đoạt của chủ sở hữu; vì thế QTSBD cũng được tiếp cận với tư cách là một loại tài sản được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ mang đủ ba yếu tố này<sup>135</sup>.

Khác hơn các nước Civil law, ở các nước Common law, với quan niệm QTS là tập hợp các quyền như trên, các QTS sẽ có những đặc điểm (i) mang tính vô hình. (ii) có thể tách rời thành các bộ phận cấu thành, (iii) QTS có thể lưu thông trên thị trường, (iv) có tính linh hoạt và thích nghi. Như vậy, có thể thấy một quyền, lợi ích bất kỳ dễ dàng được xem là QTS và vì thế có thể làm TSBD trong các giao dịch cho vay nếu nó có giá trị thương mại thể hiện qua khả năng lưu thông trên thị trường.

Đại diện và điển hình cho hệ thống pháp luật Common law là Mỹ, trong quan hệ bảo đảm, Mỹ tiếp cận ở khía cạnh “lợi ích bảo đảm” hơn là “TSBD”<sup>136</sup> như là kết quả tất yếu của quan niệm về QTS. Theo UCC thì “lợi ích bảo đảm” có nghĩa là quyền lợi đối với tài sản hoặc những thứ thuộc cá nhân mà được dùng bảo đảm cho việc thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ”<sup>137</sup>. Định nghĩa này mang tính chức năng và bao

<sup>135</sup> Tuy nhiên, hiện nay các nước Civil law cũng không còn tuyệt đối hóa quyền sở hữu mà nhận diện các quyền khác đối với tài sản có phạm vi nhỏ hơn quyền sở hữu. Chính vì vậy, câu chuyện về các quyền này có được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ đã được đặt ra. Ví dụ, cũng từng có rất nhiều quan điểm tranh cãi về việc quyền hưởng dụng, quyền bề mặt có được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ hay không, và cuối cùng, bởi lý luận khá cứng về yếu tố sở hữu, chúng không được ghi nhận là tài sản, cũng đồng nghĩa không được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ ở Việt Nam. Tuy nhiên, nếu nhìn vào pháp luật của Pháp, cũng là một nước thuộc hệ thống pháp luật Civil law, nhưng cách nhìn nhận quyền sở hữu có vẻ thoáng hơn, theo đó, bằng các phân loại tài sản, các quyền hưởng dụng, quyền bề mặt được xếp vào động sản và được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ.

<sup>136</sup> Theo Quyển 9 UCC, động sản được chia thành hàng hóa (động sản hữu hình), động sản bán hữu hình (quasi – tangible property) và động sản vô hình. Theo đó, động sản bán hữu hình là các QTS được thể hiện trên giấy tờ, bao gồm các giấy tờ nhận nợ như hối phiếu, chứng từ xác nhận quyền sở hữu hàng hóa như vận đơn hay hóa đơn lưu kho, giấy nhận nợ có TSBD (chatter paper), chứng khoán (investment property) và quyền được thanh toán theo thư tín dụng; động sản vô hình bao gồm quyền đòi nợ hay quyền yêu cầu thanh toán (accounts), quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại trong các vụ kiện thương mại (commercial tort claim) và tất cả các tài sản vô hình khác gọi chung là general intangible - gồm quyền SHTT, tên miền, cơ sở dữ liệu, quyền đăng ký nhãn hiệu, quyền nộp đơn xin cấp bằng sáng chế, quyền khởi kiện trong các vụ án thương mại, các quyền hay lợi ích được hình thành trên cơ sở các giấy phép kinh doanh đồ uống có cồn (liquor license), giấy phép kinh doanh lĩnh vực viễn thông....

<sup>137</sup>Theo UCC, tại § 1-201(2001): “‘Security interest’ means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation.”



gồm tất cả các lợi ích trong bất kỳ tài sản cá nhân nào “*đảm bảo thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ*”, bất kể hình thức của nó.

Ngày càng có nhiều khu vực pháp lý trên khắp thế giới đã định hình luật giao dịch bảo đảm của họ theo mô hình của Mỹ. Luật bảo đảm tài sản cá nhân của Úc (PPSA 2009) cũng tuân theo cách tiếp cận chức năng và định nghĩa “quyền lợi bảo đảm” là “*quyền lợi đối với tài sản cá nhân được cung cấp bởi một giao dịch mà về bản chất là đảm bảo việc thanh toán hoặc thực hiện nghĩa vụ*”, bất kể nó được coi cầm cố, thế chấp, bán có điều kiện hay chuyển nhượng theo luật chung.<sup>138</sup>

Quyền lợi bảo đảm cũng được định nghĩa: “Quyền lợi bảo đảm là một kế hoạch có cơ chế chuyển giao tài sản cụ thể của con nợ (toàn bộ hoặc một phần quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng) cho một chủ nợ cụ thể, tùy thuộc vào các trường hợp (ví dụ: con nợ vỡ nợ)<sup>139</sup>. Qua khái niệm này chúng ta nhận thấy tài sản được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ ở đây được hiểu khá rộng, có thể là “thứ gì đó thuộc về cá nhân” hoặc “một phần của quyền sở hữu” hoặc “quyền sử dụng”.

Tham khảo Luật mẫu của Uncitral về giao dịch bảo đảm, luật này điều chỉnh liên quan đến giao dịch bảo đảm có đối tượng là các động sản, trong đó gồm có các tài sản vô hình. Theo Luật này, không đưa ra các khái niệm về TSBĐ là động sản hay khái niệm TSBĐ là tài sản vô hình, thay vào đó họ mô tả về giao dịch bảo đảm và việc xác lập quyền lợi bảo đảm trên TSBĐ là động sản (Điều 6), từ đó họ nêu khái quát các động sản có thể sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ (Điều 8). Nhìn chung, họ cũng nêu khái quát các đặc điểm của TSBĐ và cũng tương đồng với BLDS Việt Nam hiện hành. Tuy nhiên, cách tiếp cận của Uncitral về giao dịch bảo đảm cũng theo hướng xác lập quyền lợi bảo đảm trên TSBĐ (security right). Chẳng hạn, theo Điều 8 Luật mẫu của Uncitral về giao dịch bảo đảm năm 2016, khi xác định tài sản có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ (Assets that may be encumbered) đã không tiếp cận dưới góc độ tài sản như pháp luật Việt Nam mà tiếp cận dưới góc độ xác lập quyền lợi bảo đảm; tuy vậy, qua đó chúng ta cũng thấy được khái quát phạm vi các động sản có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, theo đó không chỉ có động sản mà còn bao gồm một phần hoặc một quyền chưa phân chia trên động sản. Uncitral cũng xác định động sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ có thể bao gồm “một phần hoặc một quyền chưa phân chia trên động sản.”

Trong hướng dẫn của Uncitral về giao dịch bảo đảm năm 2020, quyền lợi bảo đảm cũng được giải thích: Quyền lợi bảo đảm (security right) theo Luật Mẫu là QTS dưới dạng động sản bảo đảm nghĩa vụ của một người (“con nợ”) đối với một người khác (“chủ nợ có bảo đảm”). Chủ nợ có bảo đảm có thể tự bảo vệ mình khi con nợ

<sup>138</sup> Xem thêm Eva-Maria Kieninger et al, tldd (47), sđđ, tr.15-16.

<sup>139</sup> Theo Toshiyuki Kono and Kazuaki Kagami thì “Security interest is a scheme with a mechanism which transfers debtor’s specific asset (whole or a part of his/her ownership or right to use) to a specific creditor, depending upon the circumstances (e.g. debtor’s default)”. Xem: Toshiyuki Kono và các tác giả khác (2017), *Security Interests in Intellectual Property*, Springer, Singapore, tr. 120.

không thanh toán bằng cách sử dụng giá trị của tài sản (“TSBĐ” hoặc “tài sản thế chấp”) để thu hồi số tiền nợ. Một chủ nợ có bảo đảm thường được ưu tiên hơn một chủ nợ không có bảo đảm, kể cả trong các thủ tục phá sản (khoản 2 mục B).

Qua phân tích cho thấy, đặc điểm của một đối tượng QTS nhìn chung có những điểm tương đồng đó là QTS được sử dụng để bảo đảm cho nghĩa vụ trong quan hệ cho vay với đặc điểm cơ bản như thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, có tính xác định, có thể là tài sản hình thành trong tương lai. Tuy vậy, do các tiếp cận QTS ở các quốc gia khác nhau nên phạm vi được xem là QTS khác nhau, dẫn đến phạm vi QTSBĐ cũng có hướng khác nhau nhất định. Theo đó, nhìn chung các nước theo hệ thống Common law cũng như xu hướng chung của thế giới (qua hướng dẫn của Uncitral) thì QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ có phạm vi rộng hơn ở các nước Civil law cũng như ở Việt Nam.

## 2.2.2 Các loại quyền tài sản cụ thể được dùng bảo đảm nghĩa vụ theo pháp luật Việt Nam

### 2.2.2.1 Quyền sử dụng đất – một loại quyền tài sản đặc biệt

Ở nước ta, đất đai thuộc sở hữu toàn dân, Nhà nước đại diện chủ sở hữu toàn dân đối với đất đai. Vì vậy, tổ chức, cá nhân không có quyền sở hữu đối với đất đai. Tuy là chủ sở hữu nhưng Nhà nước không trực tiếp sử dụng đất mà chuyển giao cho chủ thể khác sử dụng và các chủ thể này được gọi là người sử dụng đất. Theo quy định của Hiến pháp (Điều 18 Hiến pháp 1992, khoản 2 Điều 54 Hiến pháp năm 2013) và Luật Đất đai (Điều 105 Luật Đất đai năm 2003, Điều 167 Luật Đất đai năm 2013) tổ chức, cá nhân, hộ gia đình được thừa nhận là chủ thể của QSDĐ.

Nếu xét ở góc độ lý luận về quyền sở hữu, QSDĐ là một trong ba quyền năng của chủ sở hữu và theo lý luận này Nhà nước chỉ giao cho tổ chức, cá nhân quyền năng sử dụng đó với tài sản là đất đai. Quyền sử dụng tài sản, theo quy định của pháp luật chính là quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản (Điều 189 BLDS 2015). Tức, đây là quyền khai thác công năng của đất đai.

Theo pháp luật đất đai (Điều Điều 105 Luật Đất đai năm 2003, Điều 167 Luật Đất đai năm 2013) cũng như thực tiễn thì các chủ thể có QSDĐ có thể định đoạt QSDĐ của mình qua việc chuyển nhượng, chuyển đổi, cho thuê, thế chấp, là những giao dịch về tài sản. Ở góc độ này, QSDĐ mang nội dung kinh tế sâu sắc và là quyền kinh tế, trị giá được bằng tiền. Do vậy, để phù hợp với thực tế và các pháp luật liên quan, BLDS 2015 đã ghi nhận tường minh, liệt kê cụ thể QSDĐ là một tài sản dưới dạng QTS (Điều 115). Việc quy định minh thị một vật quyền được tách ra từ quyền sở hữu là một tài sản hiếm thấy trong hệ thống pháp luật Việt Nam, và đây được xem là một ngoại lệ, đặc thù. Khi đó, có thể hiểu các chủ thể của QSDĐ là chủ thể có quyền sở hữu đối với QSDĐ.

Như vậy, QSDĐ theo pháp luật hiện hành ở Việt Nam không chỉ là một trong các quyền năng của chủ sở hữu tài sản mà nó còn là một loại tài sản. Khi trong tay Nhà nước, QSDĐ chỉ là một trong các quyền năng của chủ sở hữu, nhưng khi đã chuyển giao cho người sử dụng đất, QSDĐ được “chuyển hóa” thành một loại tài sản đặc biệt. QSDĐ ở đây không chỉ dừng lại ở việc chỉ được “sử dụng” mà QSDĐ được coi là một tổng thể không thể tách rời các quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất theo quy định của pháp luật đất đai. Tổng thể này làm cho QSDĐ trở thành một loại tài sản đặc biệt có thể được chuyển dịch giữa những người sử dụng đất với nhau, quan đó có thể làm thay đổi chủ thể chiếm hữu và sử dụng đất đai<sup>140</sup>.

Quyền sử dụng là quyền đối vật, chủ thể của QSDĐ có thể trực tiếp chi phối đến đất đai mà không cần thông qua người khác. QSDĐ là QTS được hình thành trên cơ sở là một quyền năng của chủ sở hữu đối với đất đai. Điều này phụ thuộc vào ý chí của nhà làm luật hơn là bản chất của quyền. Khi pháp luật ấn định QSDĐ đai là tài sản, về mặt lý luận có thể lý giải đây là trường hợp ngoại lệ mà quyền của chủ thể có sự chuyển hóa thành quyền có tính chất tài sản, gọi là QTS.

Đất đai được phân thành nhiều loại, ứng với mỗi loại đất, chủ thể có QSDĐ có quyền khác nhau đối với đất. Đồng thời, các chủ thể có QSDĐ phải thỏa mãn những điều kiện nhất định theo pháp luật đất đai. Đất được phân thành đất nông nghiệp phục vụ cho sản xuất nông nghiệp như đất trồng cây hàng năm, đất trồng cây lâu năm, đất rừng, đất làm muối, v.v. và các loại đất phi nông nghiệp như đất ở, đất sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp và đất phi nông nghiệp khác. Nhà nước chuyển giao QSDĐ cho người sử dụng đất thông qua việc giao đất, cho thuê đất đối với hộ gia đình, cá nhân, tổ chức. Tùy vào hình thức giao đất, người sử dụng đất có quyền và nghĩa vụ tương ứng đối với QSDĐ được chuyển giao, bao gồm khả năng sử dụng QSDĐ để tham gia vào các giao dịch dân sự, kinh doanh thương mại.

Các chủ thể có được QSDĐ thông qua các phương thức như Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất đối với diện tích đất nông nghiệp được khai phá. Chủ thể cũng có thể có được QSDĐ thông qua phương thức giao dịch dân sự để nhận QSDĐ từ các chủ thể khác. Các phương thức này sẽ được áp dụng khác nhau đối với các chủ thể khác nhau, tùy thuộc vào chủ thể đó là tổ chức sử dụng đất trong nước, hay cá nhân, hộ gia đình, hoặc chủ thể là các tổ chức nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài và người Việt Nam định cư ở nước ngoài sử dụng đất ở Việt Nam.

Trong một số trường hợp thực tiễn, QSDĐ và QTS phát sinh từ hợp đồng có liên quan đến QSDĐ đã tạo nên sự nhầm lẫn của tổ chức, cá nhân tham gia giao dịch.

---

<sup>140</sup> Xem thêm Lưu Quốc Thái (2016), *Những vấn đề pháp lý về thị trường quyền sử dụng đất ở Việt Nam*, NXB Hồng Đức, tr.30.

Lý do của điều này xuất phát từ sự trùng lặp về lợi ích được bảo đảm. Ví dụ, đương sự đã cho rằng quyền được nhận nền nhà phát sinh từ hợp đồng góp vốn nhận nền nhà là QSDĐ và yêu cầu tuân thủ kiện về thế chấp QSDĐ<sup>141</sup>. Điều này cho thấy cần có quy định cụ thể hoặc án lệ để phân biệt rõ các đối tượng này, tạo thuận lợi cho các bên trong quan hệ bảo đảm. Ngoài ra, quy định sẽ góp phần hạn chế việc sử dụng các tài sản có sự trùng lặp về lợi ích như trên được dùng bảo đảm nhiều lần, do bên nhận bảo đảm khó xác định đúng, đầy đủ tình trạng pháp lý của QTS được dùng bảo đảm.

### 2.2.2.2 *Quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ*

Tài sản trí tuệ là kết quả sáng tạo trí tuệ và thành quả đầu tư trong các lĩnh vực khoa học kỹ thuật, văn hóa, nghệ thuật,..được thừa nhận là tài sản. Khi tài sản được nhà nước bảo hộ thì người nắm giữ tài sản đó có một số quyền đối với tài sản của mình, đó là quyền đối với đối tượng SHTT. Có thể thấy, QTS đối với đối tượng quyền SHTT là những quyền do luật định, quyền này không được thực hiện trực tiếp trên vật, cũng không nhằm chống lại một người nào, tức không phải quyền đối vật, cũng không phải quyền đối nhân. Các quyền bao gồm quyền SHTT và các quyền khác phát sinh trên đối tượng SHTT.

Quyền SHTT là quyền mà nhà nước dành cho các cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu tài sản trí tuệ sự kiểm soát độc quyền trong một thời gian nhất định nhằm ngăn chặn sự khai thác các tài sản này một cách bất hợp pháp<sup>142</sup>. Theo Điều 4 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009, quyền SHTT là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng.

Quyền SHTT mang hai nội dung là QTS và quyền nhân thân. Tức là, sẽ tồn tại QTS đối với đối tượng quyền SHTT và quyền nhân thân đối với đối tượng quyền SHTT. Do vậy, trước đây, việc BLDS 2005 (Điều 181) quy định quyền SHTT là tài sản dưới dạng QTS là chưa chính xác. Khắc phục điều này, BLDS 2015 (Điều 115) đã sử dụng cụm từ “*quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT*” thay cho cụm từ “*quyền SHTT*” trong BLDS 2005. Việc sử dụng thuật ngữ “*quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT*” trong BLDS 2015 đã tránh được sự đánh đồng với thuật ngữ “*quyền SHTT*” trong Luật SHTT vốn bao hàm cả quyền nhân thân.

Quyền SHTT gồm ba nhóm: (i) quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, (ii) quyền sở hữu công nghiệp, (ii) quyền đối với giống cây trồng.

Quyền tác giả (còn được gọi là bản quyền) là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu. Đối

<sup>141</sup> Xem Bản án số 841/2020/KDTM-ST ngày 01/09/2020 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh, phụ lục, vụ việc số 3.

<sup>142</sup> Trích theo Trần Văn Biên và các tác giả khác, tltđ (12), tr. 77.

tượng quyền tác giả bao gồm tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học; đối tượng quyền liên quan đến quyền tác giả bao gồm cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hoá<sup>143</sup>. Ngoài các quyền nhân thân thì tác giả, chủ sở hữu có thể được hưởng nhuận bút, được hưởng thù lao khi tác phẩm được sử dụng, được hưởng lợi ích vật chất từ việc cho người khác sử dụng tác phẩm dưới các hình thức như: làm tác phẩm phái sinh; biểu diễn tác phẩm trước công chúng; sao chép tác phẩm; phân phối, nhập khẩu bản gốc hoặc bản sao tác phẩm; truyền đạt tác phẩm đến công chúng bằng phương tiện hữu tuyến, vô tuyến, mạng thông tin điện tử hoặc bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào khác; cho thuê bản gốc hoặc bản sao tác phẩm điện ảnh, chương trình máy tính. Bên cạnh đó còn có những quyền liên quan đến quyền tác giả, là quyền của tổ chức, cá nhân đối với các sản phẩm do lao động sáng tạo của họ tạo ra trong việc chuyển tải tác phẩm thuộc quyền tác giả đến công chúng. Các chủ thể này cũng được hưởng các QTS do pháp luật quy định. Các chủ thể này có thể là người biểu diễn tác phẩm, nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng<sup>144</sup>. Quyền tác giả phát sinh kể từ khi tác phẩm được sáng tạo và được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định, không cần biết đã công bố hay chưa công bố, đã đăng ký hay chưa đăng ký.

Quyền sở hữu công nghiệp là quyền của tổ chức, cá nhân đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, bí mật kinh doanh do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu và quyền chống cạnh tranh không lành mạnh. Đối tượng quyền sở hữu công nghiệp bao gồm sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu, tên thương mại và chỉ dẫn địa lý<sup>145</sup>. Việc xác lập quyền SHTT đối với các đối tượng khác nhau có sự khác biệt: đối với sáng chế, thiết kế bố trí, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý cần phải đăng ký và được cấp văn bằng bảo hộ. Tuy nhiên, đối với nhãn hiệu nổi tiếng và tên thương mại chỉ cần được sử dụng hợp pháp trong thực tiễn thì được bảo hộ thì không cần đăng ký.

Đối tượng sở hữu công nghiệp là sản phẩm của hoạt động sáng tạo trong quá trình lao động, sản xuất kinh doanh, là một loại tài sản có giá trị lớn. Tác giả các đối tượng sở hữu công nghiệp được hưởng thù lao khi đối tượng được sử dụng. Chủ sở hữu các đối tượng cũng được hưởng các lợi ích kinh tế từ việc độc quyền sử dụng, khai thác các đối tượng sở hữu công nghiệp của họ theo quy định. Theo quy định pháp luật hiện hành, các đối tượng sở hữu công nghiệp gồm hai nhóm đặc thù: nhóm một, các đối tượng là thành quả của sự sáng tạo trong lĩnh vực khoa học bao gồm sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, giải pháp hữu ích, bí mật kinh doanh và thiết kế bố trí mạch

<sup>143</sup> Điều 3 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

<sup>144</sup> Điều 20 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

<sup>145</sup> Điều 3 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

tích hợp bán dẫn; nhóm hai, gồm các đối tượng có dấu hiệu phân biệt đặc trưng hoặc mang tính truyền tin không có hàm lượng sáng tạo hoặc hàm lượng sáng tạo không đáng kể bao gồm nhãn hiệu hàng hóa, tên gọi xuất xứ hàng hóa, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại.

Quyền đối với giống cây trồng là quyền của tổ chức, cá nhân đối với giống cây trồng mới do mình chọn tạo hoặc phát hiện và phát triển hoặc được hưởng quyền sở hữu. Đối tượng quyền đối với giống cây trồng là vật liệu nhân giống và vật liệu thu hoạch<sup>146</sup>. Khi giống cây trồng được bảo hộ, các tác giả hoặc chủ sở hữu bằng bảo hộ được QTS, hưởng những lợi ích vật chất từ việc sử dụng giống cây trồng. Quyền đối với giống cây trồng được xác lập trên cơ sở quyết định cấp văn bằng bảo hộ giống cây trồng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Bên cạnh quyền SHTT, các QTS phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ cũng được pháp luật thừa nhận là QTS. Mặc dù, các quyền của quyền sở hữu trí tuệ có thể chưa thể hiện rõ ràng các yếu tố của quyền sở hữu theo BLDS vì không hoàn toàn độc lập giữa các chủ thể nhưng vẫn được pháp luật thừa nhận. Các QTS phát sinh từ hoạt động công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ chưa đủ yếu tố để được xem là quyền sở hữu trí tuệ theo Luật sở hữu trí tuệ nhưng vẫn được thừa là QTS bởi tính có thể trị giá thành tiền của các quyền này. Tác giả cho rằng sự thừa nhận này là điểm tiến bộ, phù hợp với đặc trưng của tài sản trí tuệ, phù hợp với sự phát triển mạnh mẽ, không ngừng của những giá trị trí tuệ hình thành trong nền kinh tế tri thức.

QTS đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ là một loại QTS do luật định, là một loại tài sản đặc biệt. Các QTS trí tuệ luôn gắn với đối tượng sở hữu trí tuệ nhất định như tác phẩm văn học, nghệ thuật khoa học hoặc các đối tượng của sở hữu công nghiệp hoặc giống cây trồng. Các đối tượng này không tồn tại dưới dạng vật chất hữu hình có thể “cầm, nắm giữ” được, mà là những sản phẩm vô hình, chỉ có thể được định tính, định lượng khi ứng dụng vào các loại sản phẩm hữu hình.

QTS đối với đối tượng quyền SHTT hầu hết được xác lập thông qua việc nộp đơn đăng ký và cấp văn bằng bảo hộ hoặc có thể được xác lập thông qua thủ tục công nhận hoặc được xác lập một cách tự động nếu đối tượng sở hữu trí tuệ đáp ứng được những tiêu chuẩn bảo hộ nhất định do pháp luật quy định. Việc bảo hộ bị giới hạn phạm vi thời gian và không gian nhất định.

Chủ sở hữu của đối tượng sở hữu trí tuệ không phải bất kỳ ai mà là các chủ thể thỏa mãn các quy định về sở hữu trí tuệ. Đó là những người trực tiếp sáng tạo ra tác phẩm, công trình được thừa nhận là tác giả. Đối với đối tượng sở hữu công nghiệp, chủ sở hữu chỉ có thể là những cá nhân, tổ chức đáp ứng được các điều kiện tương ứng

<sup>146</sup> Điều 3 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

của từng loại đối tượng công nghiệp theo quy định của pháp luật. Ví dụ, chủ sở hữu nhãn hiệu phải là người có hoạt động sản xuất kinh doanh có đăng ký nhãn hiệu.

Xuất phát từ đặc tính vô hình của các đối tượng quyền SHTT, đối với quyền SHTT, quyền sử dụng là quyền năng cơ bản nhất trong các quyền năng của chủ sở hữu. Bởi chủ sở hữu không thể chiếm hữu vật chất theo cách thông thường của tài sản hữu hình để khai thác giá trị tài sản. Việc khai thác giá trị quyền được thông qua hành vi sử dụng đối tượng. Bản chất của quyền chính là được pháp luật bảo hộ về độc quyền khai thác, sử dụng đối tượng chống lại các hành vi khai thác, sử dụng trái phép.

Trước đây, BLDS 2005 quy định “quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng” được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (Điều 322), tuy nhiên quy định này không được kế thừa trong BLDS 2015. Luật SHTT không ghi nhận về việc sử dụng tài sản trí tuệ hay các QTS đối với đối tượng quyền SHTT để bảo đảm nghĩa vụ. Sau này, trong một số văn bản hướng dẫn về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã xác định các QTS liên quan đến hoạt động trí tuệ, sáng tạo của con người trong lĩnh vực công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ có thể trở thành TSBĐ như: QTS phát sinh từ quyền SHTT như QTS đối với đối tượng quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng<sup>147</sup>.

Không chỉ các quyền SHTT (QTS) là đối tượng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ mà còn có các QTS phát sinh từ quyền SHTT, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ cũng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Theo quy định hiện hành, chủ sở hữu QTS phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ được dùng QTS đối với đối tượng quyền tác giả, quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng (Điều 17 NĐ 21/2021/NĐ-CP). Như vậy, với quy định này đã thừa nhận các quyền sử dụng đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ được bảo đảm nghĩa vụ.

Pháp luật hiện hành còn quy định một số QTS trong lĩnh vực trí tuệ như QTS phát sinh từ kết quả nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ, chuyển giao công nghệ hoặc QTS khác trị giá được bằng tiền trong lĩnh vực khoa học, công nghệ, công nghệ thông tin. Cụ thể, “*quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ, chuyển giao công nghệ; quyền khác trị giá được bằng tiền phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ*”<sup>148</sup>. Có thể thấy, phạm vi QTS liên quan đến lĩnh vực trí tuệ không giới hạn ở quyền SHTT mà còn các quyền phát sinh từ quyền SHTT hoặc

<sup>147</sup> Thông tư số 08/2018/TT-BTP; Thông tư số 06/2020/TT-BTP ngày 17 tháng 12 năm 2020 sửa đổi, bổ sung một số điều của thông tư số 08/2018/TT-BTP; Điều 17 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>148</sup> Thông tư số 08/2018/TT-BTP; Thông tư số 06/2020/TT-BTP ngày 17 tháng 12 năm 2020 sửa đổi, bổ sung một số điều của thông tư số 08/2018/TT-BTP; Điều 17 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

các quyền nào khác phát sinh từ công nghệ thông tin, hoạt động khoa học công nghệ. Đây là một quy định tiến bộ nhằm đáp ứng sự phát triển nhanh chóng của khoa học công nghệ, đồng thời cũng đã bước đầu mở rộng phạm vi tài sản là QTS trong lĩnh vực này. Tuy nhiên, trong thời gian tới, vẫn cần có những quy định cụ thể về các quyền này để tạo thuận lợi cho chúng lưu thông với cách là đối tượng của giao dịch nói chung, giao dịch bảo đảm nói riêng.

### 2.2.2.3 Quyền đòi nợ

Theo lý thuyết về nghĩa vụ, quyền đòi nợ là một trái quyền, là quan hệ đối nhân, thông qua hành vi xử sự giữa các chủ thể với nhau. Có thể hình dung mối quan hệ như sau: chủ nợ (người có trái quyền) yêu cầu thực hiện nghĩa vụ; người mắc nợ (thụ trái) thực hiện và chủ nợ (người có trái quyền) tiếp nhận việc thực hiện. Đối tượng của quyền đòi nợ luôn là khoản tiền sẽ được thanh toán vào một thời điểm nhất định. Theo đó, quyền đòi nợ mang tới cho chủ sở hữu quyền đòi nợ một quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện một nghĩa vụ trả tiền cho chủ sở hữu quyền đòi nợ. Bên có quyền đòi nợ thực hiện quyền của mình bằng cách yêu cầu bên có nghĩa vụ trả nợ thực hiện nghĩa vụ trả nợ và tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ đó dưới hình thức nhận một số tiền nhất định. Bên có quyền đòi nợ chỉ có thể yêu cầu người có nghĩa vụ thực hiện nghĩa vụ trả nợ chứ không có quyền cụ thể đối với bất kỳ tài sản nào của bên có nghĩa vụ.

Dưới góc độ quyền dân sự, quyền đòi nợ là quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện một công việc nhất định, cụ thể là phải thanh toán một khoản tiền (trả tiền) cho bên có quyền tại một thời điểm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng<sup>149</sup>. Chủ thể có thể trực tiếp thực hiện quyền đòi nợ hoặc ủy quyền cho chủ thể khác thay mình đòi nợ hoặc chuyển giao quyền đòi nợ đối với các khoản nợ cho chủ thể khác. Như vậy, quyền đòi nợ mang tính chất là quyền yêu cầu<sup>150</sup>. Cũng cần nói thêm rằng, dưới góc độ quyền dân sự, quyền đòi nợ cũng có thể phát sinh từ các căn cứ khác do pháp luật quy định, trong trường hợp này, quyền đòi nợ có thể phát sinh từ việc thực hiện công việc không có ủy quyền, chiếm hữu, sử dụng tài sản hoặc được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật và gây thiệt hại do hành vi trái pháp luật.<sup>151</sup> Theo đó, bên có quyền được quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thanh toán khoản tiền phát sinh từ việc thực hiện công việc không có ủy quyền, hoặc từ việc chiếm hữu, sử dụng hoặc được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật hoặc gây thiệt hại do hành vi trái pháp luật và những trường hợp khác.

<sup>149</sup> Xem thêm Điều 274 BLDS.

<sup>150</sup> Bùi Đức Giang, (2013), “Giao dịch có đối tượng là quyền đòi nợ”, Tạp chí *Ngân hàng*, (19), tr. 36.

<sup>151</sup> Xem thêm Ngô Huy Cường, (2008), “Nguồn gốc của nghĩa vụ và phân loại nghĩa vụ”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (8), tr. 5-14,19.



Trong hoạt động kinh doanh thương mại, quyền đòi nợ là khoản phải thu của bên có quyền, theo đó, bên có quyền được yêu cầu bên có nghĩa vụ thanh toán khoản tiền phát sinh theo hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ. Trong trường hợp này, quyền đòi nợ có ý nghĩa là quyền yêu cầu thanh toán khoản tiền cho hàng hóa được bán, cho thuê, chuyển giao quyền sử dụng, chuyển nhượng, hoặc định đoạt theo cách khác, hoặc quyền yêu cầu trả tiền cho dịch vụ được cung ứng hay sẽ được cung ứng<sup>152</sup>. Theo đó, quyền đòi nợ là khoản phải thu có thể phát sinh theo hợp đồng mua bán, hợp đồng dịch vụ, hợp đồng chuyển nhượng, hợp đồng cho thuê, hợp đồng góp vốn, hợp đồng xây dựng, hợp đồng chuyển giao quyền SHTT, v.v. Theo pháp luật Việt Nam, dưới góc độ hoạt động NH, khoản 8 Điều 3 Thông tư số 02/2017/TT-NHNN của Ngân hàng nhà nước Việt Nam quy định “*khoản phải thu là số tiền mà bên bán hàng có quyền nhận được từ bên mua hàng theo hợp đồng mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ*”.

Trong quan hệ tín dụng ở nước ta, tính vào nợ gồm các khoản sau<sup>153</sup>: (i) Các khoản cho vay, ứng trước, thầu chi và cho thuê tài chính; (ii) Các khoản chiết khấu, tái chiết khấu thương phiếu và giấy tờ có giá khác; (iii) Các khoản bao thanh toán; (iv) Các hình thức tín dụng khác. Trong quan hệ cho vay, khi đến hạn thanh toán, chỉ cần người vay không trả được một phần hoặc toàn bộ lãi thì đã có thể xác định người vay rơi vào tình trạng nợ quá hạn. Cùng với đó, phát sinh quyền đòi nợ của chủ nợ. Như vậy, quyền đòi nợ có hai loại là quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng và quyền đòi nợ không phát sinh từ hợp đồng. Trong đó, quyền đòi nợ có thể phát sinh từ hợp đồng cấp tín dụng, hợp đồng chiết khấu, hợp đồng cho thuê tài chính, hợp đồng bao thanh toán, hợp đồng phát hành thư tín dụng, hợp đồng bảo lãnh NH.

Quyền đòi nợ có thể là quyền đòi nợ hiện có hoặc quyền đòi nợ hình thành trong tương lai. Pháp luật không định nghĩa quyền đòi nợ trong tương lai, có thể hiểu quyền đòi nợ tương lai là quyền đòi nợ chưa trở thành tài sản của bên thực hiện giao dịch, nhưng có cơ sở chắc chắn sẽ hình thành. Nó có thể còn chưa phát sinh do giao dịch hay sự kiện pháp lý có thể làm phát sinh quyền đòi nợ này còn chưa diễn ra. Chẳng hạn, đối với một công ty hàng không, thu nhập từ việc bán các vé máy bay hiện còn chưa được bán nhưng sắp được bán là các quyền đòi nợ hình thành trong tương lai vì giao dịch bán chưa diễn ra<sup>154</sup>.

Do quyền đòi nợ có tính chất trái quyền nên nó cho phép bên có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ trả tiền vì lợi ích của bên có quyền. Quyền đòi

<sup>152</sup> Gregoty F.Udell (2018), *Tài trợ vốn dựa trên giá trị tài sản bảo đảm (nhóm IFC dịch)*, NXB Lao động-Xã hội, tr., 459.

<sup>153</sup> Quyết định số 22/VBHN-NHNN ngày 4 tháng 6 năm 2014 ban hành quy định về phân loại nợ, trích lập và sử dụng dự phòng để xử lý rủi ro tín dụng trong hoạt động ngân hàng của tổ chức tín dụng.

<sup>154</sup> Bùi Đức Giang, (2013), “Giao dịch có đối tượng là quyền đòi nợ”, Tạp chí *Ngân hàng*, (19), tr. 36.

nợ là dạng quyền có giá trị kinh tế, mang lại lợi ích cho con người, có thể trị giá được thành tiền.

Như vậy, quyền đòi nợ là quyền được yêu cầu thanh toán một khoản tiền bao gồm khoản phải thu và quyền yêu cầu thanh toán khác. Quyền đòi nợ vừa mang tính chất là một nghĩa vụ vừa là một mối quan hệ về mặt pháp luật, đồng thời lại là một loại tài sản vô hình và là QTS.

Quyền đòi nợ được pháp luật ghi nhận là một loại tài sản và được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ. Việc sử dụng quyền đòi nợ đảm bảo nghĩa vụ được quy định trong BLDS 1995<sup>155</sup>, BLDS 2005 (Khoản 1 Điều 322), BLDS 2015 ghi nhận quyền đòi nợ là QTS nhưng không quy định về việc sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, thay vào đó được ghi nhận trong các văn bản hướng dẫn<sup>156</sup>.

Theo Thông tư số 08/2018/TT-BTP (sau đây gọi là TT 08/2018/TT-BTP), xác định quyền đòi nợ được dùng bảo đảm nghĩa vụ, thông tư còn liệt kê thêm các quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng. Đến NĐ 21/2021/NĐ-CP (Điều 14) thì không nêu quyền đòi nợ riêng mà chỉ xác định quyền đòi nợ là một dạng QTS hình thành từ hợp đồng được dùng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Bên cạnh đó, pháp luật còn ghi nhận quyền đòi nợ hình thành trong tương lai cũng có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ. Các văn bản trước đây có đề cập đến quyền đòi nợ hình thành trong tương lai<sup>157</sup>, tuy nhiên, NĐ 21/2021/NĐ-CP không nhắc nội dung này. Pháp luật không định nghĩa quyền đòi nợ trong tương lai, có thể hiểu quyền đòi nợ tương lai là quyền đòi nợ chưa trở thành tài sản của bên thực hiện giao dịch. Nó có thể còn chưa phát sinh do giao dịch hay sự kiện pháp lý có thể làm phát sinh quyền đòi nợ này còn chưa diễn ra. Chẳng hạn đối với một công ty hàng không, thu nhập từ việc bán các vé máy bay hiện còn chưa được bán nhưng sắp được bán là các quyền đòi nợ hình thành trong tương lai vì giao dịch bán chưa diễn ra<sup>158</sup>. Tuy nhiên, quyền đòi nợ hình thành trong tương lai tính chắc chắn không cao, khó có thể trở thành TSBĐ một cách độc lập.

Các văn bản về bảo đảm nghĩa vụ hiện hành đã phân tích trên không có quy định nào xác định rõ nội hàm của quyền đòi nợ cũng như sự phân định rõ giữa quyền đòi nợ và khoản phải thu. Với cách quy định tại NĐ 21/2021/NĐ-CP có vẻ theo hướng quét tất cả các dạng quyền yêu cầu phát sinh từ hợp đồng để tránh bỏ sót nhưng không có sự phân định và làm rõ nội hàm của các quyền này.

<sup>155</sup> Điều 328, Điều 442 BLDS 1995 quyền đòi nợ là QTS, đồng thời khẳng định các QTS thuộc sở hữu của người bảo đảm đều có thể dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, nếu các quyền này trị giá được bằng tiền, không bị tranh chấp và được phép giao dịch.

<sup>156</sup> Khoản 7 Điều 6 Thông tư số 08/2018/TT-BTP, Điều 14 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>157</sup> BLDS 2005, Thông tư số 08/2018/TT-BTP.

<sup>158</sup> Bùi Đức Giang, (2013), “Giao dịch có đối tượng là quyền đòi nợ”, *Tạp chí Ngân hàng*, (19), tr. 36.

Do pháp luật chưa làm rõ nội hàm của các quyền trên nên mỗi NH và bên thế chấp sử dụng các thuật ngữ khác nhau dù tính chất tương tự nhau, đều là khoản phải thu phát sinh từ hợp đồng mua bán hoặc dịch vụ. Các thỏa thuận này đều được Tòa án chấp nhận. Ví dụ, Công ty CP XD và NH TMCP Q đã xác định tài sản thế chấp là “**khoản phải thu** từ Hợp đồng kinh tế số 13/2010/HĐKT...”<sup>159</sup>; trong vụ việc khác, Công ty TNHH MTV W và Ngân hàng C (năm 2013) đã thỏa thuận tài sản thế chấp là “**Các khoản phải thu và quyền đòi nợ của Bên thế chấp phát sinh từ việc khai thác Dự án, ...**”<sup>160</sup>, hoặc trong hợp đồng thế chấp (năm 2017) Ngân hàng A và công ty I có thỏa thuận: “**Thế chấp bằng toàn bộ quyền đòi nợ đã, đang, sẽ hình thành thuộc sở hữu của Công ty I phát sinh từ tất cả các hợp đồng, văn bản, tài liệu liên quan đến việc bán hàng hóa,...**”<sup>161</sup>. Thậm chí, có trường hợp trong hợp đồng thế chấp, các bên xác định tài sản thế chấp là quyền đòi nợ, để tránh bỏ sót các quyền và lợi ích, các bên còn giải thích về nội hàm của quyền đòi nợ “**Quyền đòi nợ có nghĩa là bất kỳ khoản phải thu hay quyền đòi nợ nào của bên thế chấp phát sinh theo các tài liệu giao dịch...**”<sup>162</sup>.

#### 2.2.2.4 Phần vốn góp, cổ phần trong doanh nghiệp

Phần vốn góp, cổ phần được hình thành trên cơ sở góp vốn. Góp vốn thường được hiểu là việc một người đưa hay hùn tiền hoặc tài sản khác vào một công việc kinh doanh nhất định và mong nhận được lợi ích từ đó. Xét về mặt pháp lý, người góp vốn chuyển giao quyền sở hữu tài sản của mình cho người kinh doanh (thương nhân) để đổi lại những lợi ích từ việc góp vốn đó. Theo pháp luật hiện hành, góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ của công ty, bao gồm góp vốn để thành lập công ty hoặc góp thêm vốn điều lệ của công ty đã được thành lập (khoản 18 Điều 4 Luật Doanh nghiệp). Chủ thể có được phần vốn góp xuất phát từ việc góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, và có được cổ phần xuất phát từ góp vốn vào công ty cổ phần. Việc góp vốn có thể được thực hiện khi thành lập công ty hoặc sau khi công ty đã thành lập.

Tài sản của người góp vốn sau khi góp vào công ty thì tài sản đó thuộc quyền sở hữu của công ty chứ không còn thuộc quyền sở hữu của người góp vốn. Những người đã góp vốn trở thành đồng chủ sở hữu công ty. Mỗi người trong số họ chiếm một phần trong tổng số vốn góp của công ty và được gọi là phần vốn góp của người góp vốn. Việc chuyển đổi quyền sở hữu tài sản cụ thể lấy quyền lợi trong công ty thường được quy đổi theo tỷ lệ nhất định được gọi là tỉ lệ vốn góp mà chủ sở hữu hoặc

<sup>159</sup> Xem Bản án số 54/2019/KDTM-PT ngày 04/06/2019 của TAND Thành phố Hà Nội.

<sup>160</sup> Xem bản án số 24/2018/KDTM-PT ngày 09/02/2018 của TAND thành phố Hà Nội.

<sup>161</sup> Xem Bản án số 01/2020/KDTM-PT ngày 26/02/2020 của TAND tỉnh Bình Phước về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa nguyên đơn là Ngân hàng A và bị đơn là Công ty I trong vụ việc khác.

<sup>162</sup> Xem Bản án số 06/2019/KDTM-PT ngày 17/06/2019 của TAND tỉnh Thanh hóa

chủ sở hữu chung của công ty góp vào vốn điều lệ. Tài sản góp vốn vào công ty và phần vốn góp là hai tài sản độc lập và thuộc về hai sản nghiệp của hai chủ thể khác nhau. Phần vốn góp là tài sản thuộc sản nghiệp của người góp vốn. Tài sản đem góp vốn là tài sản thuộc sản nghiệp của công ty nhận tài sản góp vốn. Trong công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh, chủ sở hữu phần vốn góp được gọi là thành viên góp vốn, trong công ty cổ phần chủ sở hữu phần vốn góp thể hiện dưới dạng sở hữu các cổ phần, người sở hữu là cổ đông.

Nếu nói trên phương diện pháp lý, góp vốn là hành vi chuyển giao tài sản để đổi lấy quyền lợi đối với công ty. Lợi ích mà người góp vốn nhận được là phần vốn góp hoặc cổ phần. Theo LDN 2020, “*Phần vốn góp là tổng giá trị tài sản của một thành viên đã góp hoặc cam kết góp vào công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh*” (khoản 27 điều 4), và cổ phần là vốn điều lệ được chia thành nhiều phần bằng nhau (điểm a khoản 1 Điều 111). Nếu như xét từ phương diện kinh tế, phần vốn góp là sản nghiệp của người đã góp vốn vào công ty. Xét về phương diện pháp lý thì phần vốn góp là tỷ lệ vốn mà người góp vốn đã góp vào công ty. Các phần vốn góp và cổ phần này không phải được hình thành từ thế giới vật chất như các tài sản hữu hình (vật), cũng không phải là sản phẩm được hình thành từ hoạt động sáng tạo của trí tuệ (đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ). Phần vốn góp hiểu là kết quả của sự chuyển một phần giá trị tài sản cụ thể của người góp vốn vào công ty để đổi lấy một phần giá trị khác trừu tượng hơn. Vì vậy, phần vốn góp, cổ phần là QTS của thành viên góp vốn vào công ty.

Tóm lại, việc tổ chức, cá nhân góp vốn vào công ty sẽ trở thành chủ sở hữu phần vốn góp đó, đó là tài sản vô hình, là tài sản dưới dạng QTS. Bởi lẽ, khi cá nhân, tổ chức góp vốn, tài sản của bên góp vốn sẽ được chuyển quyền sở hữu cho công ty được góp vốn; tổ chức cá nhân góp vốn sẽ có những quyền và nghĩa vụ phát sinh tương ứng với giá trị phần vốn đã góp trong công ty. Theo quy định của LDN, phần vốn góp có các dạng như phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, phần vốn góp trong công ty cổ phần. Tuy nhiên, công ty cổ phần không gọi là phần vốn góp mà gọi là cổ phần. Điểm đặc biệt của cổ phần được thể hiện ra hình thức cổ phiếu dưới dạng chứng chỉ, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử. Phần vốn góp hay cổ phần đều là QTS vô hình vì con người vốn không nắm giữ về mặt vật chất đối với chúng, con người nắm giữ về vật chất giấy xác nhận sở hữu phần vốn góp, không phải nắm giữ phần vốn góp<sup>163</sup>.

Pháp luật hiện hành quy định có thể dùng phần vốn góp, cổ phần để bảo đảm nghĩa vụ; bên cạnh đó, quyền mua phần vốn góp hoặc lợi tức phát sinh từ cổ phần,

<sup>163</sup> Thực tiễn, các bên thế chấp phần vốn góp là cổ phần dưới dạng thế chấp cổ phiếu. Ví dụ, tại Bản án số 24/2018/KDTM-PT “V/v tranh chấp hợp đồng tín dụng” ngày 09/02/2018 của TAND thành phố Hà Nội, tài sản thế chấp là phần vốn góp của Công ty B vào Công ty TNHH Một thành viên W và thể hiện dưới dạng “*Hợp đồng thế chấp cổ phiếu để vay vốn số: THL.BĐDN.02290813 ngày 27/09/2013*”.

phần vốn trong pháp nhân thương mại, pháp nhân phi thương mại là doanh nghiệp xã hội để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật liên quan và điều lệ của pháp nhân. Như vậy, khả năng sử dụng các tài sản này để bảo đảm nghĩa vụ còn phụ thuộc vào Điều lệ của công ty, nếu Điều lệ công ty quy định không được sử dụng các tài sản trên để bảo đảm nghĩa vụ thì phải theo quy định này.

Thời gian qua, đối với QTS phát sinh từ việc góp vốn sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật Việt Nam còn thể hiện sự lúng túng trong các quy định. Trước đây, BLDS 2005 đã từng liệt kê QTS phát sinh từ phần vốn góp là loại tài sản dưới dạng QTS có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự<sup>164</sup>. Tuy vậy, sau đó, cụm từ “QTS phát sinh từ vốn góp” đã được thay bằng cụm từ “phần vốn góp trong doanh nghiệp”, đồng thời phần vốn góp trong doanh nghiệp được hiểu là một loại tài sản riêng biệt có thể dùng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự và không được xem là một dạng QTS theo Điều 105 BLDS 2015<sup>165</sup>. Hiện nay, các nhà làm luật đã chọn giải pháp an toàn là không khẳng định phần vốn góp hay cổ phần thuộc nhóm nào trong số các tài sản được nêu trong Điều 105 BLDS 2015 khi gọi chung là “tài sản hình thành từ việc góp vốn”<sup>166</sup>, trong đó bổ sung một số tài sản khác như nêu trên. Điểm tiến bộ của pháp luật hiện hành là việc quy định cổ phần hay phần vốn góp trong doanh nghiệp là tài sản dùng để bảo đảm nghĩa vụ thay vì dùng từ “QTS phát sinh từ việc góp vốn” sẽ thuận lợi hơn cho chủ thể sở hữu phần vốn góp, cổ phần và tương thích với luật chuyên ngành là LDN 2020, theo đó Luật ghi nhận việc bảo đảm nghĩa vụ bằng phần vốn góp, đồng thời cũng quy định về chuyển giao phần vốn góp, đây là cơ sở pháp lý rất quan trọng khi cần xử lý TSBĐ.

Về phần vốn góp trong doanh nghiệp, LDN 2020 chỉ khẳng định khả năng sử dụng phần vốn góp của các thành viên góp vốn trong công ty hợp danh được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ mà không có quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng phần vốn góp trong công ty TNHH. Việc bỏ trống quy định về quyền sử dụng phần vốn góp trong công ty TNHH để cầm cố, thế chấp sẽ gây nên tâm lý lo ngại cho NHTM khi nhận QTS này bảo đảm nghĩa vụ vì có thể gặp rủi ro pháp lý, do vậy việc LDN khẳng định có thể thế chấp, cầm cố<sup>167</sup> đối với QTS này là rất cần thiết, cần được bổ sung.

Ngoài ra, theo Điều 178 LDN 2020, thành viên góp vốn trong công ty hợp danh có quyền “Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách để thừa kế, tặng cho, *thế chấp, cầm cố* và các hình thức khác theo quy định của pháp luật và Điều lệ công ty”. Điều này có thể dẫn đến cách hiểu rằng trường hợp Điều lệ công ty không ghi nhận (cho

<sup>164</sup> Xem Điều 322 BLDS 2005.

<sup>165</sup> Xem khoản 5, khoản 7 Điều 6 Thông tư số 08/2018/TT-BTP, các QTS theo Điều 105 BLDS 2015 được liệt kê tại khoản 7, còn phần vốn góp được quy định riêng tại khoản 5.

<sup>166</sup> Điều 15 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>167</sup> Sử dụng biện pháp thế chấp phù hợp hơn vì phần vốn góp vô hình, không thể chuyển giao về vật chất khi sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

phép hay không cho phép) việc thế chấp, cầm cố phần vốn góp thì chủ sở hữu phần vốn góp trong doanh nghiệp đó không được dùng vốn góp để thế chấp<sup>168</sup>. Do vậy, cần khẳng định chủ sở hữu phần vốn góp có quyền thế chấp phần vốn góp cho chủ thể khác nhưng quá trình thế chấp phải tuân thủ theo quy định pháp luật và Điều lệ Công ty, tức cần hiểu rằng ngay cả khi Điều lệ công ty không nhắc đến việc thế chấp thì chủ sở hữu phần vốn góp vẫn có quyền thế chấp miễn không trái Điều lệ Công ty, tức miễn là Điều lệ công ty không có quy định cấm. Việc LDN còn dè dặt trong các quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng phần vốn góp có thể cản trở loại QTS này tham gia vào quan hệ bảo đảm..

#### 2.2.2.5 Các quyền tài sản khác

Pháp luật hiện hành không đưa ra định nghĩa QTS phát sinh từ hợp đồng, có thể hiểu đó là những quyền trị giá được bằng tiền phát sinh từ hợp đồng. Có thể chia thành các loại sau: quyền đòi nợ, các khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác; các QTS khác phát sinh từ hợp đồng.

Theo văn bản hướng dẫn về đảm bảo nghĩa vụ gồm: quyền khai thác, quản lý dự án đầu tư; quyền cho thuê, cho thuê lại; quyền hưởng hoa lợi, lợi tức, lợi ích khác trị giá được bằng tiền hình thành từ hợp đồng; quyền được bồi thường thiệt hại; quyền khác trị giá được bằng tiền phát sinh từ hợp đồng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ<sup>169</sup>. Như vậy, pháp luật bảo đảm đã liệt kê một QTS phát sinh từ hợp đồng và cũng quy định theo hướng mở, bên cạnh các quyền đã nêu thì còn “Các quyền khác trị giá được bằng tiền khác phát sinh từ hợp đồng”. Thật vậy, trong xã hội hiện đại, với các quan hệ kinh doanh, thương mại ngày càng phong phú, các QTS cũng đa dạng tương ứng. Dễ dàng nêu ra các quyền trị giá được bằng tiền khác như quyền chọn trong hợp đồng quyền chọn, quyền mua cổ phần phát sinh từ hợp đồng chuyển nhượng quyền mua, quyền phát sinh từ vận đơn và nhiều QTS khác phát sinh từ hợp đồng.

#### **Phân biệt QTS phát sinh từ hợp đồng và tài sản hình thành trong tương lai**

Thực tế, trong một số trường hợp, “*quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng*” và “*tài sản hình thành trong tương lai*” có sự tương đồng nhất định. Bởi trong cùng một điều kiện về lợi ích, các bên có thể lựa chọn việc sử dụng QTS phát sinh từ hợp đồng hoặc tài sản hình thành trong tương lai để làm TSBĐ. Chẳng hạn, xét tình huống một người vừa ký hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, người này muốn dùng lợi ích có được từ hợp đồng này để bảo đảm nghĩa vụ thì có thể chọn thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai. Nếu tiếp cận đối tượng thế chấp trong tình huống này là một vật hữu hình (nhà ở) thì các bên có đối tượng thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai, nếu tiếp cận đối tượng

<sup>168</sup> Điều 187 LDN 2020.

<sup>169</sup> Điều 14 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

thế chấp là dạng quyền thì các bên có đối tượng thế chấp là QTS phát sinh từ hợp đồng. Xét cho cùng, lợi ích mà bên thế chấp có được thông qua hợp đồng sẽ là giá trị đảm bảo mà các bên hướng tới. Vì thế, nếu đã chọn thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng thì không thể đồng thời thế chấp tài sản hình thành trong tương lai trong tình huống này và ngược lại<sup>170</sup>. Và trong thực tiễn, các bên thường lựa chọn thế chấp đối tượng nào trong tình huống này chỉ đơn giản là thuận tiện trong giao kết hợp đồng bảo đảm, đăng ký biện pháp bảo đảm<sup>171</sup>. Tuy nhiên, ở khía cạnh pháp lý, chế định “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng” và chế định “tài sản hình thành trong tương lai” là hai chế định hoàn toàn khác nhau<sup>172</sup>. Điều này đặt ra vấn đề cần có những quy định khác nhau đối với mỗi đối tượng bảo đảm phù hợp với bản chất của từng quan hệ trong xác lập và thực hiện giao dịch bảo đảm<sup>173</sup>. Ở khía cạnh Nhà nước, nhìn nhận rõ bản chất cũng như mối liên hệ này giúp nhà làm luật có sự điều chỉnh tương ứng về đối tượng của biện pháp bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai và QTS phát sinh từ hợp đồng trong những trường hợp nhất định. Pháp luật không thể cấm các bên chọn một đối tượng nhất định trong hai đối tượng trên khi giao kết hợp đồng bảo đảm vì ảnh hưởng đến quyền định đoạt của chủ thể đối với tài sản. Vì vậy, quy định hiện hành cho phép chuyển đổi từ hợp đồng thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán (nhà ở) hình thành trong tương lai sang hợp đồng thế chấp (nhà ở) hình thành trong tương lai qua việc đăng ký lại thế chấp. Các bên trong quan hệ bảo đảm cũng cần nhận thức được quy định pháp luật để có sự chủ động trong việc lựa chọn bảo đảm bằng QTS phát sinh từ hợp đồng hay tài sản hình thành trong tương lai trong những trường hợp nhất định.

QTS phát sinh từ hợp đồng và tài sản hình thành trong tương lai vẫn còn chưa có sự phân định rõ, ảnh hưởng đến việc tòa án xác định hiệu lực của hợp đồng bảo đảm khi có tranh chấp xảy ra.

Bản án số 54/2019/KDTM-PT ngày 04/06/2019 của TAND Thành phố Hà Nội về tranh chấp hợp đồng hợp đồng tín dụng và Hợp đồng thế chấp mua bán hàng hóa

<sup>170</sup> Khoản 2 điều 5 Thông tư số 7/2019/TT-BTP hướng dẫn một số nội dung về đăng ký thế chấp QSDĐ, tài sản gắn liền với đất.

<sup>171</sup> Chẳng hạn trường hợp thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trước đây, người có nhà ở hình thành trong tương lai áp dụng quy định của pháp luật dân sự và các văn bản dưới luật để thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua nhà, đối tượng giao dịch ở đây là QTS chứ không phải là tài sản hữu hình – nhà ở hình thành trong tương lai. Nhưng bởi vướng quy định của pháp luật trong quá trình vận dụng thế chấp nhà ở trong tương lai, khó thể giao kết hợp đồng thế chấp đúng luật, đặc biệt là vướng quy định Luật Nhà ở về yêu cầu giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở khi sử dụng làm TSBĐ, từ đó cơ quan công chứng cũng lo ngại và từ chối việc công chứng. Do vậy, ngân hàng cũng chọn lựa hình thức nhận thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng.

<sup>172</sup> Xem thêm Võ Đình Nho và Tuấn Đạo Thanh, (2009), “Luận bàn về thế chấp tài sản hình thành trong tương lai”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, (10), tr. 3-11.

<sup>173</sup> Thực tiễn đã có không ít những vướng mắc trong các quy định pháp luật do sự liên quan của hai đối tượng bảo đảm này. Nội dung này sẽ được tác giả phân tích kỹ hơn ở phần sau.

giữa nguyên đơn là Công ty CP XD và bị đơn là NHTMCP Q là một ví dụ<sup>174</sup>. Trong vụ việc này, tài sản thế chấp được ghi trong hợp đồng là: “*Tài sản thế chấp bao gồm Quyền sở hữu một phần diện tích khu văn phòng thuộc khối công trình trụ sở làm việc kết hợp nhà ở cán bộ nhân viên của Công ty cổ phần cơ giới, lắp máy và xây dựng tại tầng 2, lô E5, đường PH, phường TH, quận CG, Hà Nội. Nguồn gốc tài sản thế chấp là của Công ty cổ phần cơ giới, lắp máy và xây dựng chuyển nhượng cho Công ty CP XD theo Hợp đồng chuyển nhượng số 188/2005/VIMECO-HĐ ngày 16/2/2005*”. Và được mô tả trong đơn đăng ký thế chấp: “*Quyền tài sản hình thành trong tương lai từ Hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu văn phòng số 188/2005/VIMECCO-HĐ ngày 16/02/2005 ký giữa bên chuyển nhượng là Công ty cổ phần cơ giới, lắp máy và xây dựng với Công ty CP XD*”. Tòa án đã xác định hợp đồng thế chấp không phát sinh hiệu lực do vi phạm về nội dung và hình thức (Điều 320 BLDS 2005), lý do là tại thời điểm Công ty CP XD thế chấp tài sản trên cho NHTMCP Q thì tài sản thế chấp chưa thuộc quyền sở hữu của Công ty CP XD.

**Bình luận:** Tòa án xác định hợp đồng thế chấp không phát sinh hiệu lực là chưa thỏa đáng, chưa đảm bảo quyền lợi chính đáng của NH. Không phủ nhận rằng giữa mô tả tài sản trong hợp đồng thế chấp và trong đăng ký biện pháp thế chấp chưa nhất quán với nhau. Theo hợp đồng thế chấp thì tài sản được thế chấp có thể hiểu là tài sản hình thành trong tương lai (dù câu chữ mô tả không nêu rõ nhưng đối tượng không khác), còn theo mô tả trong đơn đăng ký thế chấp thì đó là QTS phát sinh từ hợp đồng. Do vậy, nếu nhìn ở góc độ nào thì việc thế chấp này cũng phù hợp vì tại Điều 320 BLDS 2005 cũng đã thừa nhận được phép thế chấp vật hình thành trong tương lai và BLDS vẫn thừa nhận thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng. Do vậy, dựa vào câu chữ chưa thật chuẩn xác khi mô tả tài sản trong hợp đồng thế chấp hoặc do có sự không nhất quán giữa mô tả trong hợp đồng thế chấp và đơn đăng ký để xác định hợp đồng không phát sinh hiệu lực là không thỏa đáng. Việc quá xem trọng yếu tố hình thức trong trường hợp này là không phù hợp, bởi bản chất lợi ích của giao dịch hầu như không thay đổi. Rõ ràng, yếu tố mà các bên trong hợp đồng hướng tới đều là những lợi ích phát sinh từ quyền sở hữu diện tích khu văn phòng đã nêu, nhưng trường hợp cụ thể này chưa có văn bản hướng dẫn chi tiết. Tuy nhiên, có thể dựa trên tinh thần của quy định về QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở và nhà ở hình thành trong tương lai để xác định hợp đồng phát sinh hiệu lực sẽ hợp lý hơn. Bởi, mặc dù có sự phân định giữa thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở và nhà ở hình thành trong tương lai nhưng vẫn có quy định về việc chuyển đổi giữa các hợp đồng này.

### ***Quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên***

Ở nước ta, đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư, quản lý

<sup>174</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 6.



là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý<sup>175</sup>. Như vậy, tổ chức, cá nhân không được sở hữu các đối tượng nói trên; việc khai thác, sử dụng các đối tượng nói trên chủ yếu phát sinh từ QTS của họ, pháp luật đã xác định các QTS là một loại tài sản dưới dạng QTS.

Quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên đã được quy định về việc sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, bên cạnh BLDS 2005 (Điều 322), các luật chuyên ngành cũng quy định về việc sử dụng tài sản này để bảo đảm nghĩa vụ. Chẳng hạn Luật thủy sản năm 2003 và nay là Luật thủy sản 2017 (Điều 46) cũng quy định tổ chức, cá nhân Việt Nam được Nhà nước giao khu vực biển để nuôi trồng thủy sản có quyền thế chấp tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với khu vực biển được giao tại TCTD Việt Nam theo quy định của pháp luật. Hoặc theo Luật Lâm nghiệp 2017, tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất để trồng rừng sản xuất bằng vốn tự đầu tư có quyền thế chấp, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng (Điểm c khoản 3 Điều 80), Luật Tài nguyên nước năm 2012 (Khoản 1 Điều 38) và các luật chuyên ngành khác điều chỉnh về tài nguyên.

Việc sử dụng tài nguyên thiên nhiên cũng được cụ thể hoá trong các văn bản quy định về bảo đảm nghĩa vụ, theo đó chủ thể có quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên theo quy định của pháp luật liên quan được dùng quyền khai thác khoáng sản; sản phẩm của rừng tự nhiên, trừ động vật; hải sản tự nhiên, bao gồm động vật và thực vật biển; tài nguyên nước, bao gồm nước mặt, nước biển và nước dưới đất, trừ nước thiên nhiên dùng cho nông nghiệp, lâm nghiệp, ngư nghiệp, diêm nghiệp; yếm sào thiên nhiên; quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên khác trị giá được bằng tiền để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ<sup>176</sup>. NĐ 21/2021/NĐ-CP đã cụ thể hóa hơn các quyền khai thác tài nguyên thiên để tạo thuận lợi hơn cho loại QTS này trở thành TSBĐ, đặc biệt là quyền khai thác khoáng sản đã từng gặp khó khăn khi sử dụng bảo đảm nghĩa vụ trong thực tiễn, trong đó có lý do Luật khoáng sản không có quy định về việc được thế chấp quyền khai thác khoáng sản<sup>177</sup>.

### **Khoản tiền gửi tiết kiệm:**

Về tiền gửi tiết kiệm, bản chất là một dạng QTS, giống như một dạng quyền yêu cầu thanh toán hay quyền đòi nợ. Tổ chức nhận tiền gửi phải thanh toán vốn và lãi cho người gửi tiền khi đến hạn hoặc theo thỏa thuận. Pháp luật hiện hành không có quy định xác định rõ loại tài sản này. Tuy nhiên, với đặc điểm của khoản tiền gửi tiết kiệm, đây là QTS, bởi lẽ, (i) một là, tồn tại dưới dạng quyền, người được gọi là chủ sở

<sup>175</sup> Điều 53 Hiến pháp 2013.

<sup>176</sup> Điều 16 NĐ 21/2021/NĐ-C

<sup>177</sup> Xem thêm bài viết: “Thế chấp quyền khai thác khoáng sản của tổ chức, cá nhân tại các ngân hàng, tổ chức tín dụng”, nguồn <https://monre.gov.vn/Pages/the-chap-quyen-khai-thac-khoang-san-cua-to-chuc,-ca-nhan-tai-cac-ngan-hang,-to-chuc-tin-dung.aspx>

hữu khoản tiền gửi có quyền yêu cầu TCTD mở tài khoản trả khoản tiền mặt hoặc thực hiện các giao dịch khác trên cơ sở giá trị khoản tiền đó. (ii) hai là, tiền gửi tiết kiệm có thể trị giá được thành tiền, điều này có thể thấy được từ tên gọi của loại tài sản này, như đã nêu, chủ tài khoản tiền gửi có thể chuyển đổi khoản tiền thành tiền (tiền mặt) khi thực hiện quyền yêu cầu của mình đối với NHTM mở tài khoản.

Về số tiền gửi tiết kiệm, trước đây, pháp luật quy định có thể sử dụng sổ tiết kiệm hay thẻ tiết kiệm để đảm bảo nghĩa vụ<sup>178</sup>, nay quy định hiện hành đã ghi nhận tiền gửi tiết kiệm<sup>179</sup> mới là TSBĐ. Điều này hoàn toàn hợp lý, bởi lẽ thẻ tiết kiệm hoặc sổ tiết kiệm chỉ là giấy tờ xác nhận quyền sở hữu số tiền gửi tiết kiệm. Việc một người khác nắm giữ thẻ tiết kiệm hay sổ tiết kiệm không đồng nghĩa người này các quyền đối với khoản tiền gửi tiết kiệm. Như đã trình bày, xét về bản chất tiền gửi tiết kiệm là QTS (quyền yêu cầu) và có thể được dùng để bảo đảm nghĩa vụ.

Về mặt hình thức, đây là một dạng tiền tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử. Mặc dù pháp luật hiện hành không nêu khái niệm tiền điện tử<sup>180</sup> nhưng ghi nhận tiền dưới dạng các dữ liệu điện tử trong các trường hợp cụ thể như các khoản tiền gửi tại NH-tiền gửi tiết kiệm, tiền gửi thanh toán, khoản tiền trong các ví điện tử<sup>181</sup>. Số dư tài khoản không có tính chất vật lý mà tồn tại dưới dạng các dữ liệu điện tử; do vậy chúng vô hình và chủ thể không thể chiếm hữu thông qua chiếm giữ, nắm giữ về mặt vật chất mà thông qua việc kiểm soát dữ liệu; giá trị của số dư tài khoản không nằm ở các thông tin tồn tại dưới dạng dữ liệu điện tử mà do sự bảo đảm của tổ chức phát hành là NH; Số dư tài khoản mang bản chất QTS vì các lý do tương tự như khoản tiền gửi tiết kiệm: (i) một là, tồn tại dưới dạng quyền, điều này cũng xuất phát từ tính vô hình của số dư tài khoản, tính vô hình gắn với yếu tố quyền, người được gọi là chủ sở hữu tài khoản có quyền được yêu cầu NH mở tài khoản trả khoản tiền mặt hoặc thực hiện các giao dịch khác trên cơ sở số dư đó. (ii) hai là, số dư tài khoản có thể trị giá được thành tiền, thông qua các dịch vụ của NH mở tài khoản, chủ tài khoản có thể dễ dàng quy đổi thành tiền mặt hoặc thực hiện các lệnh thanh toán khác.

<sup>178</sup> Điều 19 NB 163/2006/NĐ-CP quy định về việc cầm cố thẻ tiết kiệm.

<sup>179</sup> Theo Thông tư số 48/2018/TT-NHNN của Ngân hàng nhà nước ngày 31 tháng 12 năm 2018, tại Điều 13 có quy định về việc Sử dụng tiền gửi tiết kiệm làm TSBĐ.

<sup>180</sup> Trong một bài viết liên quan đến tiền điện tử, đã đưa ra 4 đặc điểm của tiền điện tử: *Trước hết*, tiền điện tử phải là tiền pháp định, *Thứ hai*, tiền điện tử có thể do ngân hàng phát hành hoặc cũng có thể do tổ chức phi ngân hàng phát hành; *Thứ ba*, tiền điện tử có cơ chế đảm bảo tiền tệ (monetary regimes) của NHTW. *Thứ tư*, tiền điện tử chỉ được lưu trữ trong các sản phẩm điện tử gồm 2 loại: (i) phần cứng (hard-ware based products) như thẻ chip, điện thoại thông minh gắn chip và (ii) dữ liệu dựa trên phần mềm (soft-ware based) như ví điện tử Paypal, xem thêm: Cấn Văn Lực và các tác giả khác, “Tiền điện tử khác gì so với tiền ảo, tiền kỹ thuật số”, [https://thitruongtaichinhvientien.vn/tien-dien-tu-khac-gi-so-voi-tien-ao-tien-ky-thuat-so-28184.html] (truy cập ngày 7/8/2021).

<sup>181</sup> Xem Thông tư số 23/2019/TT-NHNN ngày 22 tháng 11 năm 2019 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 39/2014/TT-NHNN ngày 11 tháng 12 năm 2014 của Thống đốc ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn về dịch vụ trung gian thanh toán.

### **Số dư tài khoản:**

Về số dư tài khoản, trước ND 21/2021/ND-CP, pháp luật không có quy định riêng nào về việc sử dụng số dư tài khoản tiền gửi hay tài khoản thanh toán của doanh nghiệp làm TSBĐ. Tuy nhiên, có sự ghi nhận chung rằng số dư tiền gửi tại tổ chức tín dụng, chi nhánh NH nước ngoài được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ<sup>182</sup>. Pháp luật hiện hành không xác định cụ thể biện pháp bảo đảm áp dụng đối với loại tài sản này. Một số trường hợp vẫn còn gây tranh cãi đối với trường hợp TSBĐ là khoản tiền gửi tài khoản NH tại NHTM, nên xem là thế chấp hay cầm cố. Đối với tài khoản này, hợp lý nhất nên dựa vào khả năng nắm giữ, chi phối tài khoản của NH nhận bảo đảm mà xác định biện pháp cầm cố hay thế chấp trong từng trường hợp cụ thể, theo đó, nếu bên nhận bảo đảm không nắm giữ được TSBĐ, tức NH nhận tiền gửi và NH nhận bảo đảm khác nhau, thì xác định là thế chấp; ngược lại, nếu NH nhận tiền gửi cũng là NH nhận bảo đảm thì xác định đó là cầm cố. Ngoài ra, nếu chủ tài khoản sử dụng số dư tài khoản để ký quỹ nhằm bảo đảm nghĩa vụ, khi đó biện pháp bảo đảm ở đây là ký quỹ. Như vậy, đối với số dư tài khoản NH, tùy từng trường hợp có thể sử dụng biện pháp bảo đảm là cầm cố, thế chấp hay ký quỹ.

### **Các QTS chưa được định danh - chưa có tiền lệ**

Xã hội công nghệ đã làm xuất hiện những tài sản mới, trong đó có các loại tài sản ảo. Chưa có một khái niệm chính thống về mặt pháp lý đối với tài sản ảo. Theo Joshua Fairfield, tài sản ảo vốn dĩ là một mã được thiết kế để “hoạt động giống như đất đai hoặc tính di động hơn là ý tưởng”. Theo đó, mã có thể được coi là tài sản ảo nếu nó đáp ứng được ba đặc điểm: tính cạnh tranh, tính bền bỉ, tính liên kết<sup>183</sup>. Charles Blazer đã bổ sung quan điểm của Joshua Fairfield, tài sản ảo là một mã máy tính liên tục được lưu trữ bởi một hệ thống nguồn từ xa, nơi một hoặc nhiều người được trao quyền kiểm soát mã máy tính, bao gồm cả việc xóa tất cả những người khác. Các tác giả cũng đưa ra năm dấu hiệu của tài sản ảo: 1) Tính đối kháng (Rivalry); 2) Tính bền bỉ (Persistence); 3) Tính liên kết (Interconnectivity); 4) Thị trường thứ cấp (Secondary Markets); và 5) Giá trị tăng thêm bởi người dùng (Value-Added-by-Users). Năm chỉ số tạo thành một khuôn khổ để xác định tài sản ảo có thể bảo vệ. Tuy nhiên, ông cũng khẳng định, trong lĩnh vực thay đổi nhanh chóng và không thể đoán trước của Internet, không có thử nghiệm nào là tuyệt đối hoặc quá cứng nhắc<sup>184</sup>.

Ý tưởng về tài sản ảo nảy sinh liên quan đến các vật phẩm ảo trong trò chơi trực tuyến đã dần dần được hiểu rộng hơn và mở rộng sang các loại tài sản ảo khác. Trong cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, với những thay đổi bất phá mạnh mẽ trên nền

<sup>182</sup> Điều 13 ND 21/2021/ND-CP.

<sup>183</sup> Fairfield, J., (2005), “Virtual property”, *Boston University Law Review [online]*, Vol. 85. P. 1049. URL: <https://ssrn.com/abstract=807966>.

<sup>184</sup> Blazer, C., (2006), “The five indicia of virtual property”, *Pierce L. Rev.*, (5), tr. 141.

tăng khoa học và công nghệ, cùng với đó là sự xuất hiện ngày càng đa dạng các loại “tài sản ảo” không chỉ các dạng tài sản như tài sản ảo trên games online, địa chỉ hộp thư điện tử, tài khoản mạng xã hội, tên miền trên internet, URL, sách điện tử, trang web và hơn thế nữa, nổi bật gần đây là sự xuất hiện và phát triển chóng mặt của các loại đồng tiền kỹ thuật số đặt ra những vấn đề về sự thừa nhận đối với các loại “tài sản” này. Việc thừa nhận về mặt pháp lý đối với tài sản ảo có lẽ không còn là vấn đề bàn cãi bởi thực tiễn pháp luật của nhiều quốc gia đã có quy định về loại tài sản này<sup>185</sup>, vấn đề chỉ là mức độ thừa nhận đối với chúng. Việt Nam hiện nay cũng có một số quy định nhưng vẫn còn rất dè dặt và chưa có khung pháp lý về loại tài sản này<sup>186</sup>. Hoàn thiện một khung pháp lý về tài sản ảo là một vấn đề phức tạp và vẫn còn xa vời đối với Việt Nam, tuy vậy, việc xây dựng khung pháp lý cho một số loại tài sản ảo đang trở nên phổ biến trong xã hội là vấn đề cần thiết trong giai đoạn hiện nay. Với những đặc tính vô hình của tài sản ảo, có thể thấy tài sản ảo là tài sản dạng QTS, mang nét đặc biệt thể hiện ở sự tồn tại trong không gian ảo nhưng có giá trị trong đời thực<sup>187</sup>.

Dưới góc độ khoa học pháp lý, có thể khái quát khái niệm tài sản ảo như sau: *“Tài sản ảo được hiểu là một dạng tài nguyên được hình thành trong môi trường mạng và có thể trị giá được bằng tiền”*<sup>188</sup>. Khái niệm này được đưa ra một mặt dựa vào tính chất và cách hình thành của tài sản ảo<sup>189</sup>, mặt khác dựa trên khái niệm QTS được quy định tại Điều 115 BLDS 2015, *“Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT, QSDĐ và các quyền tài sản khác”*.

Về bản chất pháp lý, tài sản ảo là một loại tài sản dưới dạng QTS, mang tính vô hình. Bởi lẽ, (i) một là, tài sản ảo có thể trị giá được thành tiền; (ii) hai là, tài sản ảo là “tài sản” vô hình: TS không có tính chất vật lý mà tồn tại dưới dạng các dữ liệu điện tử; do vậy chúng vô hình và chủ thể không thể chiếm hữu thông qua chiếm giữ, nắm giữ về mặt vật chất mà thông qua việc kiểm soát dữ liệu; giá trị của tài sản ảo không nằm ở các thông tin tồn tại dưới dạng các đoạn mã máy tính mà do sự bảo đảm của tổ chức phát hành; (iii) ba là, tài sản ảo tồn tại dưới dạng quyền, điều này cũng xuất phát từ tính vô hình của tài sản ảo, tính vô hình gắn với yếu tố quyền.

<sup>185</sup> Ví dụ như Trung Quốc, Đài Loan, Hàn Quốc.

<sup>186</sup> Thực hiện Quyết định số 1255/QĐ-TTg ngày 21/8/2017 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án Hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo.

<sup>187</sup> Một nhà nghiên cứu đã dựa vào những lý thuyết khoa học (Lý thuyết của J. Bentham về chủ nghĩa vị lợi, lý thuyết về tài sản của G. Hegel) để chứng minh tài sản ảo cần được thừa nhận về mặt pháp lý là một loại tài sản, đồng thời, ông cũng cho rằng tài sản ảo là dạng tài sản hoàn toàn khác tài sản trí tuệ và cần có cơ chế pháp lý điều chỉnh riêng. Xem: Xem Nekit, K. G. “the teoretical foundations for the recognition of virtual property as a type of ownership”, [http://catalog.liha-pres.eu/index.php/liha-pres/catalog/view/129/1467/3273-1].

<sup>188</sup> Theo Trần Lê Hồng, (2007), “Tài sản ảo – từ nhận thức đến bảo hộ”, *Tạp chí Luật học* (7), tr.30: *“Tài sản ảo được hiểu là những tài nguyên mạng máy tính được xác định giá trị bằng tiền và có thể chuyển giao trong các giao dịch dân sự”*.

<sup>189</sup> Tài sản ảo là một loại tài sản vô hình, không thể nắm giữ dưới dạng một vật chất cụ thể; tài sản ảo tồn tại dưới dạng các dữ liệu điện tử dựa vào các phần mềm trên internet;

Đối với tiền kỹ thuật số, pháp luật Việt Nam đã thể hiện rõ không thừa nhận là phương tiện thanh toán, và cũng không có quy định nào khẳng định hoặc bác bỏ đó là tài sản. Thực tiễn, do không thừa nhận tiền kỹ thuật số, nên mặc dù không cấm các tổ chức, cá nhân giao dịch tiền kỹ thuật số nhưng không có cơ chế để điều chỉnh như một loại tài sản<sup>190</sup>, do vậy hiện nay tiền kỹ thuật số không được xem là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ. Các loại tiền kỹ thuật số hiện nay khá đa dạng, nổi bật như Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH), RIPPLE (XRP) và các loại tiền kỹ thuật số khác.

Theo Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015, “*Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản*”. Theo định nghĩa trên, tài sản chỉ tồn tại ở một trong bốn dạng là vật, tiền, giấy tờ có giá và QTS. Đối chiếu với quy định này, chúng ta nhận thấy:

(i) Tiền kỹ thuật số không là vật (hữu hình): Tiền kỹ thuật số tồn tại dưới dạng các dữ liệu số, được hình thành từ các thông tin tồn tại dưới dạng các đoạn mã máy tính, không mang tính chất vật lý, không là một bộ phận của thế giới vật chất tồn tại dưới dạng rắn, lỏng, khí, v.v mà con người có thể sờ mó được, cầm nắm được, đo lường được bằng cách cân, đong, đo, đếm.

(ii) Tiền kỹ thuật số không là tiền hiện hành: hiện nay, tiền kỹ thuật số là loại tiền do các tổ chức tư nhân phát hành, không phải là phương tiện thanh toán do Ngân hàng Nhà nước phát hành, không được Nhà nước bảo hộ dùng để định giá các loại tài sản khác.

(iii) Tiền kỹ thuật số không là giấy tờ có giá: Giấy tờ có giá là loại giấy tờ trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao lưu dân sự. Giấy tờ có giá phải do các chủ thể được phép phát hành. Giấy tờ có giá bao gồm hối phiếu đòi nợ, hối phiếu nhận nợ, séc, trái phiếu Chính phủ, trái phiếu công ty, kỳ phiếu, cổ phiếu, tín phiếu, công trái và các loại giấy tờ có giá khác. Tiền kỹ thuật số hiện không được Nhà nước cấp phép phát hành cho bất kỳ tổ chức nào và không thuộc đối tượng nào được liệt kê trong các giấy tờ có giá hiện hành.

Do đó, xét về bản chất pháp lý, tiền kỹ thuật số là một loại tài sản dưới dạng QTS, mang tính vô hình. Bởi lẽ, (i) một là, tiền kỹ thuật số là một loại tài sản - tiền kỹ thuật số có thể trị giá được thành tiền, (ii) hai là, tiền kỹ thuật số là “tài sản” vô hình: tiền kỹ thuật số không có tính chất vật lý mà tồn tại dưới dạng các dữ liệu điện tử; do vậy chúng vô hình và chủ thể không thể chiếm hữu thông qua chiếm giữ, nắm giữ về mặt vật chất mà thông qua việc kiểm soát dữ liệu; giá trị của tiền kỹ thuật số không nằm ở các thông tin tồn tại dưới dạng các đoạn mã máy tính mà do sự bảo đảm của tổ chức phát hành và sự thừa nhận của cộng đồng người tham gia; (iii) ba là, tiền kỹ thuật số tồn tại dưới dạng quyền, điều này cũng xuất phát từ tính vô hình của tiền kỹ thuật số, tính vô hình gắn với yếu tố quyền, bởi về bản chất, người được gọi là chủ sở hữu

<sup>190</sup> Xem thêm Nguyễn Thị Thủy, Huỳnh Anh, (2022), “Khía cạnh pháp lý của tiền ảo và cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam đối với tiền ảo”, *Tạp chí Pháp luật và phát triển*, (05), tr. 65-73.

tiền chính là người có quyền được yêu cầu tổ chức phát hành chuyển đổi tiền kỹ thuật số này thành tiền thật hoặc quy đổi thành những hàng hóa trong đời sống thật.

Như vậy, nếu căn cứ vào quy định chung về tài sản và QTS trong Bộ luật dân sự có thể khẳng định, tiền kỹ thuật số là một loại tài sản dưới dạng QTS, tuy nhiên với các quy định trong thời gian qua của Chính phủ đã không thể hiện sự thừa nhận tiền kỹ thuật số là tài sản mà để ở trạng thái tự do, không cấm nhưng cũng không thừa nhận<sup>191</sup>.

Mặc dù thiếu vắng các quy phạm pháp luật điều chỉnh nhưng thực tế tại Việt Nam trong những năm gần đây cho thấy, việc kinh doanh tiền kỹ thuật số đã và đang diễn ra rất sôi động với phạm vi ngày càng được mở rộng<sup>192</sup>. Như vậy, thực tiễn vẫn tồn tại những giao dịch bằng tiền kỹ thuật số dẫn đến việc có khoảng trống pháp luật cần phải lấp đầy. Rõ ràng tiền kỹ thuật số là một xu hướng tất yếu của quá trình phát triển tiền tệ cũng như khoa học công nghệ thông tin. Các nước trên thế giới hiện nay có những ứng xử khác nhau về tiền kỹ thuật số, có thể chia làm 4 nhóm chính: (i) Cảnh báo (cảnh báo về khả năng sử dụng Bitcoin nhằm rửa tiền và các rủi ro của nó như thiếu tính bảo mật và giám sát của các cơ quan chức năng, ...); (ii) Tuyên bố, làm rõ về tính pháp lý (khẳng định tiền kỹ thuật số có được xem là tiền tệ hay không? Có được xem là phương tiện thanh toán hay không?); (iii) Ban hành quy định, cấp phép và giám sát (Ban hành các quy định về công nhận tính hợp pháp của tiền kỹ thuật số và chính sách thuế); và (iv) Cấm giao dịch. Mặc dù thận trọng với tiền kỹ thuật số nhưng hầu hết các quốc gia trên thế giới đều hào hứng với công nghệ chuỗi khối – nền tảng của tiền kỹ thuật số. Điển hình là Belarus và Thụy Sĩ đã ban hành các quy định và chính sách rất cụ thể về quản lý tiền mật mã, thúc đẩy sự phát triển nền kinh tế số và tạo điều kiện thuận lợi để các công ty công nghệ tài chính khởi nghiệp và tăng trưởng.<sup>193</sup> Tiền kỹ thuật số là một dạng tài sản ảo tồn tại trên không gian mạng, khó

<sup>191</sup> Ngày 21/8/2017, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1255/QĐ-TTg về phê duyệt đề án hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo. Quyết định này cho thấy Chính phủ đã quan tâm đến vấn đề điều chỉnh về tiền ảo, có định hướng cho việc xây dựng các quy định nhằm điều chỉnh đối với tiền ảo. Ngày 11/4/2018, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 10/CT-TTg về tăng cường quản lý các hoạt động liên quan tới Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác. Chỉ thị này chỉ dừng lại ở việc cảnh báo đối với các tổ chức, cá nhân có hoạt động liên quan đến tiền ảo trước những hậu quả tiêu cực của tiền ảo, chưa có quy định pháp lý nào về tiền ảo. Ngày 13/4/2018, Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 02/CT-NHNN về các biện pháp tăng cường kiểm soát các giao dịch, hoạt động liên quan đến tiền ảo. Chỉ thị đưa ra yêu cầu các đơn vị có liên quan (các tổ chức tín dụng, tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán; các đơn vị tại trụ sở chính Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Ngân hàng Nhà nước chi nhánh các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương) nghiêm túc thực hiện các biện pháp cụ thể nhằm tăng cường kiểm soát, xử lý các giao dịch liên quan tới tiền ảo. Ngày 15/6/2021, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 942/QĐ-TTg Phê duyệt chiến lược phát triển Chính phủ điện tử hướng tới Chính phủ số giai đoạn 2021-2025, định hướng đến năm 2030, theo đó tại điểm d khoản 5 mục VI có nêu: “Nghiên cứu, xây dựng và thí điểm sử dụng tiền ảo dựa trên công nghệ chuỗi khối”. Quyết định này chỉ đề cập đến chiến lược xây dựng tiền ảo, không khẳng định nào về chế độ pháp lý của tiền ảo hiện đang tồn tại hiện nay

<sup>192</sup> Trịnh Tuấn Anh, Lê Thanh Hùng, (2019), “Pháp luật quản lý tiền ảo của một số quốc gia và kinh nghiệm cho Việt Nam”, *Tạp chí Tòa án nhân dân*, (22), tr. 40-45.

<sup>193</sup> Xem thêm nghiên cứu của Trần Tùng Sơn, Hoàng Trung Nghĩa, *Ngân hàng Trung ương và tương lai của tiền kỹ thuật số*, [<https://ibt.uel.edu.vn/Resources/Docs/SubDomain/ibt/NC-02-2019-Ng%C3%A2n-tiền-kỹ-thuật-số>],

kiểm soát, tuy nhiên, qua thực tiễn Việt Nam thời gian qua, nhu cầu tham gia các quan hệ của người dân liên quan đến tiền kỹ thuật số ngày càng phổ biến. Thực tế, ở một số nước, tiền kỹ thuật số đã được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, dù chưa được thực hiện tại các NH nhưng đã được các tổ chức tài chính khác nhận làm TSBD.<sup>194</sup>

Về tên miền trên internet, tên miền hiện nay chỉ dừng lại ở quy định về quản lý, cung cấp, sử dụng cũng như bảo vệ tên miền<sup>195</sup>, quy định về chuyển nhượng tên miền<sup>196</sup>, không có quy định về giao dịch bảo đảm có đối tượng là tên miền; tất nhiên, nếu áp dụng nguyên tắc chung, tài sản không bị cấm hoặc hạn chế giao dịch thì có thể trở thành đối tượng bảo đảm nghĩa vụ. Tên miền hiện nay có thể nói là tài sản tiềm năng có thể trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm. Qua các giao dịch trong thực tiễn cho thấy giá trị của tên miền khá lớn<sup>197</sup>. Do đó, tác giả cho rằng nên quy định rõ tên miền là QTS có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Trên thế giới cũng đã có quy định về việc sử dụng tên miền là TSBD, chẳng hạn, theo các Đạo luật về TSBD cá nhân ở các bang của Canada<sup>198</sup> thì các tài sản cá nhân, liên quan đến SHTT có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, bên cạnh các tài sản trí tuệ thông thường như bằng sáng chế, bản quyền, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu và còn có thể mở rộng đến tên miền<sup>199</sup>. Tên miền có mối quan hệ với tài sản trí tuệ, nhưng tên miền là tài sản ảo và không là tài sản trí tuệ. Vấn đề nảy sinh liên quan đến thực tế là trong trường hợp sử dụng một cách tiếp cận khi một tên miền được bảo vệ bởi các điều khoản nhãn hiệu được sử dụng, thì tên miền về bản chất được liên kết với danh tiếng kinh doanh của công ty và ở dạng này không có lợi ích gì đối với các chủ nợ. Mặt khác, nếu xem một tên miền như một đối tượng riêng biệt của tài sản ảo, nó sẽ trở nên có giá trị vì nó tồn tại như một tài sản độc lập có thể được chuyển nhượng với một số tiền đáng kể.<sup>200</sup>

---

[h%C3%A0ng-Trung-%C6%B0%C6%A1ng-v%C3%A0-t%C6%B0%C6%A1ng-lai-c%E1%BB%A7a-ti%E1%BB%81n-k%E1%BB%B9-thu%E1%BA%ADt-s%E1%BB%91.pdf](#) (truy cập ngày 12/8/2020).

<sup>194</sup> Khánh Lan, “Nở rộ dịch vụ cho vay dựa vào tài sản thế chấp tiền kỹ thuật số”, xem tại

<https://thesaigontimes.vn/no-ro-dich-vu-cho-vay-dua-vao-tai-san-the-chap-tien-ky-thuat-so/> (truy cập ngày 30/11/2022)

<sup>195</sup> Xem Nghị định số 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/7/2013 về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet;

<sup>196</sup> Xem Thông tư số 16/2016/TT-BTTTT của Bộ Thông tin truyền thông ngày 28 tháng 6 năm 2016 hướng dẫn chuyển nhượng quyền sử dụng tên miền internet được cấp không thông qua đấu giá.

<sup>197</sup> Chẳng hạn, công ty Russian Standard do tỉ phú Roustam Tariko kiểm soát đã trả 3 triệu đô la để dành quyền sở hữu tên miền vodka.com vào năm 2006, hay tên miền Sex.com được công ty Escom LLC bán cho Clover Holdings với giá 13 triệu USD vào năm 2010. Xem An Huy, “25 tên miền đắt giá nhất”, [<http://vneconomy.vn/cuoc-song-so/25-ten-mien-dat-nhat-the-gioi-20121224122912384.html>] (truy cập ngày 12/8/2020).

<sup>198</sup> Personal Property Security Acts (PPSAs).

<sup>199</sup> Howell R (2019), The nature and scope of property in a domain name. In: Goudreau M, Wilkinson M (eds) New paradigms in the protection of inventiveness, data and signs. YvonBlais, Montreal, section 2.1. Trích dẫn lại từ Eva-Maria Kieninger, et al, sdd (47), tr. 9.

<sup>200</sup> Juliet Moringiello, “More on what virtual property can do for property: the problem of analogy”, [<https://lawprofessors.typepad.com/property/2008/03/more-on-whatvi.html>] (truy cập ngày 12/8/2020).

**Xác định những QTS chưa có tiền lệ**, Điều 115 BLDS 2015 quy định “QTS là quyền trị giá được bằng tiền...”. Tuy nhiên, trong trường hợp xuất hiện các QTS chưa có tiền lệ, các quyền này trị giá được thành tiền và không có hạn chế nào của pháp luật quy định nó thuộc dạng quyền khác đối với tài sản, tuy vậy, các cơ quan tư pháp thường lúng túng khi giải quyết các vấn đề liên quan đến việc xác định đó có là tài sản hay không. Vụ việc “Tranh chấp chia tài sản chung về việc mua hóa giá nhà” là một minh chứng. Vụ việc giải quyết qua nhiều cấp xét xử và cuối cùng Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao đã xác định quyền thuê, mua hóa giá nhà là QTS (Quyết định giám đốc thẩm số 05/2018/DS-GĐT ngày 10-4-2018). Nội dung này đã được thể hiện trong Án lệ số 31/2020/AL. Trong tương lai, việc xuất hiện các QTS mới là một tất yếu và có thể rất đa dạng do sự phát triển của khoa học, công nghệ. Vì vậy cần có thêm hướng dẫn hoặc những án lệ tương tự đối với những QTS mới. Chẳng hạn như tiền kỹ thuật số, tên miền trên internet.

Từ các thực tế này, trước mắt, nếu các bên có thỏa thuận sử dụng tiền kỹ thuật số như là một tài sản khi giao dịch thì cần công nhận giao dịch đó nếu thỏa mãn điều kiện về hiệu lực của giao dịch, bao gồm cả giao dịch bảo đảm. Tương tự, như vậy, nếu các bên thỏa thuận tên miền TSBĐ trong giao dịch cũng cần được thừa nhận. Nhìn chung, tài sản ảo là loại tài sản dưới dạng QTS, là loại tài sản vô hình, có những tài sản có giá trị lớn, là đối tượng tiềm năng quan trọng có thể sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ. Tuy vậy, các quy định về loại tài sản này vẫn còn thiếu hành lang pháp lý cần thiết để tham gia vào giao dịch nói chung, giao dịch bảo đảm nói riêng.

Về nguyên tắc, khi tài sản ảo được thừa nhận thì cũng đồng nghĩa chúng có thể trở thành đối tượng của giao dịch nói chung, đối tượng bảo đảm nghĩa vụ trong hợp đồng bảo đảm nói riêng, tất nhiên trừ một số tài sản có thể bị hạn chế bởi pháp luật hoặc do đặc tính riêng biệt khiến chúng không thể trở thành TSBĐ. Tài sản ảo bên cạnh việc tồn tại trong không gian mạng, là tài sản khó kiểm soát, nó còn chịu sự chi phối rất lớn bởi nhà cung cấp dịch vụ. Do vậy, vấn đề ở đây chính là quy định về quyền và nghĩa vụ giữa nhà cung cấp và người dùng cho phù hợp, tiến tới hoàn thiện quy định về quyền và nghĩa vụ của họ khi tài sản ảo được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Phân tích cho thấy, trước mắt các tài sản ảo như tiền kỹ thuật số, tên miền là những tài sản tiềm năng có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

### **2.3 Khái niệm bảo đảm nghĩa vụ, bản chất, đặc trưng của bảo đảm nghĩa vụ nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại**

#### *2.3.1 Khái niệm bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại*

Bảo đảm nghĩa vụ tại NHTM là bảo đảm tín dụng xảy ra trong hoạt động cho vay của NHTM gồm cho vay, chiết khấu, bảo lãnh, bao thanh toán...Bảo đảm trong hoạt động cho vay, gọi là bảo đảm tiền vay. Pháp luật các nước trên thế giới không



đưa ra khái niệm tổng quát về bảo đảm tiền vay mà chỉ thể hiện dưới dạng liệt kê từng biện pháp bảo đảm. Pháp luật Việt Nam hiện hành cũng theo hướng này, biện pháp bảo đảm được quy định cụ thể trong BLDS, các biện pháp bảo đảm tiền vay trong hoạt động cho vay của NHTM dựa trên cơ sở các biện pháp bảo đảm này.

Tuy nhiên, trước đây, pháp luật NH từng định nghĩa: “*Bảo đảm tiền vay là việc tổ chức tín dụng áp dụng các biện pháp nhằm phòng ngừa rủi ro, tạo cơ sở kinh tế và pháp lý để thu hồi được các khoản nợ đã cho khách hàng vay*”<sup>201</sup>. Như vậy, bảo đảm tiền vay tại TCTD bao gồm rất nhiều các biện pháp nhằm mục đích thực hiện cho được yêu cầu buộc vốn cho vay ra phải được quay về với người cho vay. Từ hoạt động cho vay của TCTD nói chung, NHTM nói riêng, các biện pháp đó bao gồm đánh giá khả năng thu nhập của khách hàng vay để trả nợ, tài sản có của khách hàng được khách hàng đưa ra để làm bảo đảm cho khoản vay, bảo lãnh của tổ chức, cá nhân để bảo đảm cho khoản vay,...

Có thể thấy, bảo đảm tiền vay có nội hàm rất rộng, nếu nhìn ở góc độ hẹp hơn, tập trung vào yếu tố TSBĐ thì “*bảo đảm tiền vay là việc tổ chức tín dụng áp dụng các biện pháp bảo đảm bằng tài sản nhằm phòng ngừa rủi ro, tạo cơ sở kinh tế và pháp lý để thu hồi được các khoản nợ đã cho khách hàng vay*”. TSBĐ tiền vay có thể là các tài sản hữu hình hoặc các tài sản vô hình (QTS). Nói cách khác, bảo đảm nghĩa vụ tiền vay bằng QTS tại NHTM là sự thỏa thuận giữa người đi vay và NH dựa trên các quy định pháp luật nhằm thiết lập biện pháp bảo đảm bằng QTS, là biện pháp tác động mang tính chất dự phòng để đảm bảo việc trả nợ vốn vay, ngăn ngừa vi phạm và tạo khả năng khắc phục hậu quả do vi phạm nghĩa vụ gây ra.

Nếu tiếp cận ở góc độ khách hàng vay, có thể hiểu bảo đảm tiền vay bằng QTS tại NHTM là việc khách hàng vay dùng QTS của mình thông qua biện pháp bảo đảm để bảo đảm cho khoản vay được cấp từ hoạt động cho vay của NHTM. Đó là việc khách hàng cam kết trao vật quyền cho NHTM - quyền xử lý TSBĐ khi có vi phạm nghĩa vụ xảy ra.

### *2.3.2 Bản chất của bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại*

Bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động NH được biết đến với tên gọi bảo đảm tín dụng hay bảo đảm tiền vay, đó là việc thiết lập cơ sở pháp lý để có nguồn thu nợ thứ hai dựa trên cơ sở thế chấp, cầm cố QTS thuộc sở hữu của người đi vay hoặc bên thứ ba nhằm bảo vệ quyền lợi của NH khi nguồn thu nợ thứ nhất<sup>202</sup> không xảy ra.

<sup>201</sup> Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 178/1999/NĐ-CP ngày 29/12/1999 về bảo đảm tiền vay của các tổ chức tín dụng

<sup>202</sup> Nguồn thu nợ thứ nhất, nếu là cho vay để kinh doanh là từ doanh thu thực tế nếu cho vay ngắn hạn, và từ lợi nhuận và khấu hao nếu cho vay trung và dài hạn,...

Nghĩa vụ bảo đảm là nghĩa vụ phụ so với nghĩa vụ chính, QTSBĐ chỉ bị xử lý khi có hành vi vi phạm nghĩa vụ chính. Đảm bảo nghĩa vụ bằng QTS là biện pháp mang tính dự phòng, QTSBĐ được sử dụng để khấu trừ nghĩa vụ khi người đi vay không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ trả tiền vay theo thỏa thuận trong hợp đồng tín dụng. Nói cách khác, tính dự phòng thể hiện ở chỗ, khi bên có nghĩa vụ thực hiện đúng nghĩa vụ thì NH không được phép xử lý QTSBĐ; chỉ khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ trả nợ mà bên đi vay không thực hiện nghĩa vụ trả nợ hoặc thực hiện không đúng mới làm phát sinh cơ sở xử lý QTSBĐ. Tính dự phòng này nhằm thúc đẩy khách hàng vay phải chấp hành đúng nghĩa vụ bằng cách dựa vào quy định pháp luật và sự thỏa thuận của hai bên về nghĩa vụ trong hợp đồng

Như vậy, biện pháp bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS vừa có tác dụng thúc đẩy việc trả nợ của bên vay, vừa có tác dụng dự phòng. Mục đích của biện pháp bảo đảm là sự ổn định và phát triển bình thường của quan hệ tài sản, bảo đảm sự an toàn pháp lý cho các chủ thể trong giao lưu dân sự, kinh tế. Để đạt được mục đích của việc bảo đảm, một trong những nội dung quan trọng chính là xem xét đánh giá các điều kiện của QTS trước khi NH nhận làm TSBĐ, đảm bảo QTS có thể đảm đương được vai trò dự phòng của nó.

### *2.3.3 Đặc trưng của bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại*

Bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cho vay của các NHTM có một số đặc trưng nhất định so với quan hệ cho vay trong giao dịch dân sự, kinh tế thông thường.

*Thứ nhất*, biện pháp bảo đảm trong hoạt động cho vay được xác lập trên cơ sở của giao dịch cấp tín dụng để đảm bảo khả năng thu hồi vốn đã cấp tín dụng trong trường hợp khách hàng không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng. Nghĩa là, thỏa thuận giao dịch bảo đảm trong hoạt động cho vay là xác lập quyền xử lý QTSBĐ của NHTM để thu hồi vốn. Quyền xử lý QTSBĐ của NHTM là công cụ pháp lý để bảo đảm khả năng thu hồi vốn của các NHTM.

*Thứ hai*, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS là nguồn thu nợ dự phòng quan trọng, là một trong những phương thức hạn chế rủi ro tín dụng của NHTM. Mục đích trực tiếp của NH chỉ yêu cầu bên vay sử dụng QTSBĐ là để dự phòng nguồn thu nợ, bên cạnh hai nguồn nợ chính. Trong hoạt động cấp tín dụng, rủi ro luôn thuộc về NHTM vì việc thu hồi khoản tiền đã cấp cho khách hàng phụ thuộc vào khả năng, thiện chí trả nợ của khách hàng. Vì vậy, trong thực tiễn, khi xác lập giao dịch cấp tín dụng, NH bao giờ cũng yêu cầu khách hàng phải có TSBĐ mới tiến hành các hoạt động cần thiết khác có liên quan trực tiếp đến quyết định cấp tín dụng.

*Thứ ba*, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS cho khoản tín dụng tại NHTM có những tác động hoàn toàn khác so với khoản nợ trong giao dịch dân sự, kinh tế thông thường.

NHTM là một trung gian tín dụng, huy động tiền gửi của công chúng, do vậy, rủi ro tín dụng và rủi ro về QTS, nếu xảy ra, không chỉ ảnh hưởng đến hoạt động của NHTM mà còn đối với số đông người gửi tiền và niềm tin của công chúng vào hoạt động NH cũng như chức năng là kênh dẫn truyền vốn trong nền kinh tế của hệ thống TCTD. Bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS là một trong những cơ chế để hạn chế và giảm nợ xấu của ngành NH. Điều này có ý nghĩa quan trọng với nền kinh tế bởi nợ xấu là một trong những nguyên nhân dẫn tới phá sản NH, gây ra những cuộc khủng hoảng tài chính và kinh tế. Vì đặc trưng này, các quy định pháp luật của bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS luôn phải được xây dựng nguyên tắc bảo đảm an toàn của hoạt động tín dụng NH.

*Thứ tư*, bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cấp tín dụng là một trong những điều kiện để NHTM ra quyết định cấp tín dụng. Từ quy định của Luật Các tổ chức tín dụng (khoản 1 Điều 94 Luật Các tổ chức tín dụng 2010) cho thấy, biện pháp bảo đảm tiền vay là quy định mang tính bắt buộc để bảo đảm khả năng thu hồi vốn đã cấp cho khách hàng. Nói cách khác biện pháp bảo đảm là nghĩa vụ bắt buộc, phát sinh trên cơ sở quy định của pháp luật về hoạt động kinh doanh NH.

*Thứ năm*, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, trong một số trường hợp có thể tiềm ẩn nhiều rủi ro so với các tài sản khác vì QTS là tài sản vô hình, trong một số trường hợp khó kiểm soát trong quá trình bảo đảm và trong xử lý QTSBĐ do không dễ dàng nhận diện như tài sản hữu hình; một số QTS có thể chuyển hóa thành dạng tài sản khác khiến cho đối tượng bảo đảm mất đi, một số QTS có liên quan đến bên thứ ba nên việc xử lý có trở ngại nhất định, khiến cho NHTM có thể khó thu hồi vốn hoặc tốn thêm chi phí. Các yếu tố này có thể tăng rủi ro cho NHTM, làm cho khoản nợ có bảo đảm có nguy cơ trở thành không có bảo đảm hoặc tăng công sức, thời gian, chi phí thu hồi nợ. Mặc dù vậy, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS trong hoạt động cho vay của NHTM, cũng đồng thời là cơ hội cho bên bảo đảm tối ưu hóa giá trị kinh tế của QTS, mở rộng cơ hội tiếp cận tín dụng của bên vay.

#### **2.4 Các loại nghĩa vụ được dùng quyền tài sản để bảo đảm trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại**

Trong giao dịch bảo đảm tiền vay, nghĩa vụ được bảo đảm chính là nghĩa vụ hoàn trả nợ vay của bên vay vốn đối với ngân hàng. Nghĩa vụ được bảo đảm có thể là nghĩa vụ hiện tại, nghĩa vụ trong tương lai hoặc nghĩa vụ có điều kiện (khoản 2 Điều 314 BLDS 2015). Thông thường, nghĩa vụ đó sẽ bao gồm nợ gốc, nợ lãi, nợ quá hạn và các chi phí khác (nếu có) phát sinh từ các hợp đồng tín dụng. Phạm vi bảo đảm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nếu không thỏa thuận thì được bảo đảm toàn bộ. So với BLDS 2005, BLDS 2015 đã xác định rõ hơn về phạm vi của nghĩa vụ được bảo đảm, bổ sung tiền phạt vào phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm.

Các bên có thể thỏa thuận nghĩa vụ được bảo đảm là nghĩa vụ hiện tại hoặc nghĩa vụ hình thành trong tương lai, thỏa thuận nghĩa vụ có điều kiện. Nghĩa vụ hiện

tại là nghĩa vụ đã hình thành từ thời điểm xác lập biện pháp bảo đảm. Nghĩa vụ hình thành trong tương lai là nghĩa vụ hình thành sau thời điểm xác lập biện pháp bảo đảm. Nghĩa vụ bảo đảm có điều kiện là loại nghĩa vụ mà việc hình thành phụ thuộc vào việc phát sinh, thay đổi hay chấm dứt một sự kiện nhất định. Khi giao kết hợp đồng bảo đảm, các bên có thể thỏa thuận để xác định một sự kiện để khi sự kiện đó xảy ra thì nghĩa vụ được hình thành trở thành nghĩa vụ được bảo đảm.

Trường hợp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai, so với tài sản hiện tại, có hai yếu tố cần qua tâm: thời hạn bảo đảm và thời hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm. Pháp luật xác định, nghĩa vụ được hình thành trong thời hạn bảo đảm là nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác (khoản 3 Điều 293 BLDS 2015). Nếu nghĩa vụ bảo đảm được hình thành sau khi biện pháp bảo đảm hết thời hạn thì được coi là nghĩa vụ không được bảo đảm. Như vậy, trong trường hợp các bên thỏa thuận về thời hạn thực hiện nghĩa vụ hình thành trong tương lai thì thời hạn bảo đảm xác định theo thời hạn thực hiện nghĩa vụ hình thành trong tương lai. So với BLDS 2015, khoản 3 Điều 293 là quy định mới, làm rõ được các xác định phạm vi của nghĩa vụ được bảo đảm trong tương lai.

Nếu các bên không thỏa thuận về thời hạn hình thành trong tương lai, thì thời hạn của nghĩa vụ được xác định theo nghĩa vụ không thời hạn, tức mỗi bên có thể thực hiện nghĩa vụ hoặc yêu cầu thực hiện nghĩa vụ vào bất cứ lúc nào nhưng phải thông báo cho bên kia biết trước một thời gian hợp lý (khoản 3 Điều 278 BLDS). Trường hợp không thỏa thuận các thời hạn này cũng không làm hiệu lực đối kháng của biện pháp bảo đảm với người thứ ba thay đổi hoặc chấm dứt (Điều 25 NĐ 21/2021/NĐ-CP).

Theo quy định hiện hành, việc sử dụng các loại tài sản khác nhau để bảo đảm nghĩa vụ không chi phối đến việc các bên thỏa thuận các nghĩa vụ được bảo đảm. Nói cách khác, QTS được dùng bảo đảm các loại nghĩa vụ như đã phân tích trên.

## **2.5 Các biện pháp bảo đảm được áp dụng đối với quyền tài sản trong hoạt động cho vay tại các ngân hàng thương mại**

Pháp luật Việt Nam không định nghĩa về biện pháp bảo đảm, thông qua định nghĩa về giao dịch bảo đảm được quy định tại khoản 1 Điều 323 BLDS 2005 “*Giao dịch bảo đảm là giao dịch dân sự do các bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định về việc thực hiện biện pháp bảo đảm được quy định tại khoản 1 Điều 318 của Bộ luật này*”. Có thể thấy, biện pháp bảo đảm là biện pháp do các bên chủ thể trong giao dịch lựa chọn để đảm bảo cho việc thực hiện nghĩa vụ, là một nội dung chủ yếu trong giao dịch bảo đảm.

Về mặt lý luận, xét dưới góc độ pháp lý, có tác giả đã từng định nghĩa “*biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là biện pháp trong đó một bên sử dụng tài sản thuộc quyền sở hữu của mình hoặc sử dụng uy tín của mình (bên bảo đảm) để bảo đảm*

cho việc thực hiện nghĩa vụ dân sự của mình hoặc chủ thể khác (bên được bảo đảm)”<sup>203</sup>. Khái niệm này đã cho thấy biện pháp bảo đảm là cách thức được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, trong cách thức đó là việc dùng tài sản hoặc uy tín là đối tượng để bảo đảm. Tài sản được dùng bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm.

Trong các văn bản điều chỉnh quan hệ bảo đảm nghĩa vụ, khái niệm “biện pháp bảo đảm” được đưa ra dưới hình thức liệt kê các biện pháp bảo đảm. Theo BLDS 2005, các biện pháp bảo đảm được liệt kê gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh, tín chấp (khoản 1 Điều 318). BLDS cũng có cách tiếp cận tương tự, tại Điều 292 quy định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo gồm: 1. Cầm cố tài sản; 2. Thế chấp tài sản; 3. Đặt cọc; 4. Ký cược; 5. Ký quỹ; 6. Bảo lưu quyền sở hữu; 7. Bảo lãnh; 8. Tín chấp; 9. Cầm giữ tài sản.

Nếu chỉ nhìn biểu hiện bên ngoài, có thể thấy sự khác biệt về biện pháp bảo đảm trong hai khái niệm trên chỉ là sự khác nhau về số lượng của các biện pháp bảo đảm, BLDS 2005 liệt kê 7 biện pháp bảo đảm, BLDS 2015 liệt kê 9 biện pháp bảo đảm, theo đó bổ sung 2 biện pháp bảo đảm là bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản. Tuy nhiên, nếu nghiên cứu nội hàm của 2 biện pháp bảo đảm này có những khác biệt, đó là biện pháp bảo đảm không nhất thiết hình thành trên cơ sở giao dịch bảo đảm mà có thể do luật định (cầm giữ tài sản tại Điều 346 BLDS 2015), TSBĐ không phải luôn là tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm (trường hợp bảo lưu quyền sở hữu tại Điều 331 BLDS 2015, cầm giữ tài sản tại Điều 346 BLDS 2015).

Với quy định hiện hành, có thể thấy các biện pháp bảo đảm được phân thành 2 nhóm, biện pháp bảo đảm đối vật, bằng tài sản gồm Cầm cố tài sản; Thế chấp tài sản; Đặt cọc; Ký cược, Ký quỹ; Bảo lưu quyền sở hữu và 2 biện pháp đối nhân là bảo lãnh và tín chấp. Từ quy định về các biện pháp bảo đảm bằng tài sản, có thể xác định được QTS được dùng bảo đảm trong hoạt động cho vay của NHTM chỉ có thể áp dụng biện pháp cầm cố tài sản hoặc thế chấp tài sản. Theo đó, cầm cố tài sản là việc một bên (bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Thế chấp tài sản là việc một bên (bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia (bên nhận thế chấp) và không chuyển giao tài sản đó cho bên nhận thế chấp. Điểm khác nhau cơ bản giữa hai biện pháp này chính là việc chuyển giao TSBĐ cho bên nhận bảo đảm, theo đó biện pháp thế chấp sẽ không chuyển giao và biện pháp cầm cố thì ngược lại. Việc chuyển giao này được hiểu là chuyển giao về mặt vật chất của tài sản. Trong khi đó, hầu hết các QTS đều vô hình nên không thể chuyển giao về mặt vật chất, vì vậy về nguyên tắc chỉ có thể áp dụng biện pháp thế chấp QTS. Theo quy định hiện hành, biện pháp bảo đảm áp dụng đối với một số QTS như sau:

<sup>203</sup> Hoàng thế Liên (2013), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự 2005, tập III (Nghĩa vụ Dân sự và hợp đồng Dân sự)*, NXB Chính trị quốc gia – Sự thật, Hà Nội, tr.70.

**Bảo đảm bằng quyền sử dụng đất**, pháp luật đất đai ghi nhận QSDĐ có thể được bảo đảm thông qua biện pháp thế chấp (Điều 167 Luật Đất đai 2013). Đối với tài sản là QSDĐ, do tính chất đặc thù của QSDĐ ở Việt Nam xuất phát từ đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu, những người sử dụng đất có thể thực tế chiếm hữu đất đai về mặt vật chất khi sử dụng. Do vậy, người sử dụng đất hoàn toàn có thể chuyển giao về mặt vật chất liên quan đến QSDĐ của mình cho bên nhận bảo đảm trong quá trình bảo đảm, nên QSDĐ cũng có thể là đối tượng của biện pháp bảo đảm cầm cố. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2013 chưa quy định cụ thể quyền cầm cố QSDĐ. Dù vậy, nếu áp dụng nguyên tắc chung công dân có thể làm những điều luật không cấm thì các chủ sở hữu QSDĐ vẫn có thể cầm cố QSDĐ để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ tiền vay tại các NHTM<sup>204</sup>. Mặc dù với chức năng của NHTM, việc cầm cố tài sản là QSDĐ có vẻ không phù hợp vì khó để khai thác giá trị QSDĐ khi nhận cầm cố, nhưng về mặt lý luận, cũng không thể loại trừ quyền này của NH. Trong thực tiễn, đến nay các NHTM cũng chỉ áp dụng biện pháp thế chấp đối với QSDĐ. Nếu pháp luật thừa nhận QSDĐ được phép cầm cố sẽ tạo ra khả năng rộng hơn nữa cho loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

**Bảo đảm bằng quyền đòi nợ**: quyền đòi nợ là QTS điển hình thể hiện rõ nét yếu tố vô hình, không thể chuyển giao về mặt vật chất, được xác định chỉ có thể áp dụng biện pháp thế chấp. Điều này cũng được thể hiện cụ thể trong văn bản pháp luật (Điều 22 NĐ 163/2006/NĐ-CP, Điều 33 NĐ 21/2021/NĐ-CP). Thực tiễn các bên luôn áp dụng biện pháp thế chấp khi bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền đòi nợ. Khi sử dụng quyền đòi nợ bảo đảm nghĩa vụ, bên nhận bảo đảm chỉ có thể nắm giữ giấy tờ chứng minh quyền đòi nợ của bên bảo đảm. Khác với Việt Nam, BLDS của Cộng Hòa Pháp ghi nhận BPBĐ được sử dụng khi BĐNV bằng quyền đòi nợ là cầm cố, đồng thời khẳng định quyền đòi nợ là động sản vô hình<sup>205</sup>, bên cạnh đó pháp luật quốc gia này quy định biện pháp thế chấp chỉ áp dụng đối với bất động sản<sup>206</sup>.

**Bảo đảm bằng QTS đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ**: các văn bản pháp luật hiện hành không ghi nhận cụ thể biện pháp bảo đảm áp dụng cho QTS đối với đối

---

<sup>204</sup> Nghiên cứu cho thấy trong thực tiễn việc cầm cố QSDĐ (dân gian thường dùng từ cầm cố đất, thực đất, cố đất,...) khá phổ biến trong xã hội Việt Nam. Trong thực tiễn xét xử, từ khi BLDS 2005 có hiệu lực, Tòa án có xu hướng thừa nhận các giao dịch này (xem Bản án số 28/2013/DS-ST ngày 27/3/2013 của TAND thành phố Cam Ranh, tỉnh Khánh hòa; Bản án số 94/ 2010/DS-ST ngày 26/04/2010 của TAND tỉnh Long An, Quyết định số 02/2014/QĐ-UBTP ngày 28/2/2014 của TAND tỉnh Tiền Giang). Về quy định pháp luật, Luật Đất đai năm 2003 không ghi nhận cho phép cầm cố QSDĐ hoặc cầm việc cầm cố; bên cạnh đó, theo BLDS 2005 thì biện pháp cầm cố không chỉ áp dụng đối với động sản mà có thể áp dụng cả đối với bất động sản. Trong bối cảnh BLDS 2015 và Luật Đất đai năm 2013 hiện nay cũng điều chỉnh tương tự đối với vấn đề này. Do vậy, tác giả cho rằng, việc cầm cố QSDĐ cần được thừa nhận và cần quy định tường minh, nhất là trong Luật Đất đai. Trong quyền “Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ-Bản án và bình luận bản án”, tập 2 xuất bản năm 2014 (trang 252 đến 256) và tái bản năm 2017 (trang 93 đến 127), tác giả Đỗ Văn Đại cũng cho rằng cần chấp nhận cầm cố QSDĐ và ông cũng đã chỉ ra cơ sở xã hội, cơ sở pháp lý và cơ sở kinh tế cho quan điểm này.

<sup>205</sup> Điều 2075 BLDS Cộng Hòa Pháp.

<sup>206</sup> Điều 2144 BLDS của Cộng Hòa Pháp.

tượng quyền SHTT, tuy vậy, tương tự như quyền đòi nợ, tính vô hình của quyền chỉ có thể áp dụng biện pháp thế chấp và nó cũng được thể hiện trong thực tiễn. NH nhận thế chấp chỉ có thể chiếm hữu giấy tờ chứng minh quyền sở hữu trí tuệ, hoặc hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT để xác định bên bảo đảm sở hữu QTS được bảo đảm.

**Bảo đảm nghĩa vụ bằng phần vốn góp:** mặc dù vô hình, về nguyên tắc chỉ có thể áp dụng biện pháp bảo đảm là thế chấp, tuy nhiên quy định hiện hành đã ghi nhận chủ sở hữu phần vốn góp có thể cầm cố, thế chấp phần vốn góp, điều này không phù hợp với bản chất của phần vốn góp. Biện pháp này cũng chỉ đề cập đến phần vốn góp trong công ty hợp danh, không đề cập đến phần vốn góp trong công ty trách nhiệm hữu hạn

**Bảo đảm nghĩa vụ bằng cổ phần:** cổ phần có hình thức biểu hiện ra bên ngoài dưới dạng cổ phiếu, các cổ phiếu có thể thể hiện dưới các dạng vật chất khác nhau như chứng thư, có thể ghi danh hoặc không ghi danh, có thể lên sàn giao dịch dưới dạng dữ liệu điện tử, cũng có thể chỉ tồn tại dưới dạng bút toán ghi sổ. Do tính chất đặc biệt này, pháp luật đã từng quy định chung là cầm cố, thế chấp nhưng không xác định rõ khi nào gọi là cầm cố, khi nào gọi là thế chấp. Hợp lý nhất, có lẽ các cổ phiếu vô danh được chuyển giao cho bên nhận bảo đảm có thể được gọi là cầm cố, vì khi nắm giữ cổ phiếu này, cũng có thể xem là nắm giữ được TSBD bởi khả năng tự do chuyển giao của nó để quy đổi ra tiền. Các trường hợp còn lại thì được gọi là thế chấp cổ phiếu hoặc cổ phần. Khác với các loại tài sản khác, không đặt ra vấn đề chuyển giao, thay vào đó, cổ phiếu (không thuộc dạng vô danh) khi được dùng TSBD cho khoản vay thì tài khoản chứng khoán của người sở hữu sẽ phải bị phong tỏa (Điều 23 Thông tư 119/2020/TT-BTC) để bảo đảm việc kiểm soát và thu hồi nợ khi sự kiện xử lý cổ phần bảo đảm xảy ra.

## 2.6 Một số nội dung cụ thể trong bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các ngân hàng thương mại

### 2.6.1 Điều kiện của quyền tài được dùng bảo đảm nghĩa vụ

“Điều kiện” là *“thứ cần phải có để cho cái khác có thể tồn tại”*<sup>207</sup> hay *“điều cần thiết phải có để đạt một mục đích, cơ sở của một sự thỏa thuận”*<sup>208</sup>. Trên cơ sở đó, những yếu tố cần có của QTS để QTS thể trở thành TSBD, hoặc nói cách khác, những yếu tố cần có của QTS để các bên làm cơ sở xác lập giao dịch bảo đảm bằng QTS, được pháp luật thừa nhận được gọi là điều kiện pháp lý của QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ.

<sup>207</sup> Trung tâm Khoa học xã hội và Nhân văn quốc gia (2005), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hoá Sài Gòn, Tp.Hồ Chí Minh, tr. 921.

<sup>208</sup> Nguyễn Lâm (2004), *Từ điển và từ ngữ Việt Nam*, Nxb. Tp.HCM, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 629.

Pháp luật thực định hiện hành không định nghĩa, cũng không trực tiếp quy định về điều kiện pháp lý của TSBĐ, hay điều kiện pháp lý của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Tuy vậy, pháp luật hiện hành có những quy định cho phép kết luận rằng một tài sản nói chung, QTS nói riêng để có thể trở thành TSBĐ cần thỏa mãn những điều kiện nhất định (Điều 297 BLDS 2015 và các quy định khác có liên quan).

Điều kiện của QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ tại các NHTM có ý nghĩa quan trọng đối với việc xác lập biện pháp bảo đảm và an toàn tín dụng. Về mặt lý luận và pháp luật, một QTS để có thể trở thành TSBĐ cần thỏa mãn những điều kiện được phân tích dưới đây.

#### *2.6.1.1 Điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm*

QTS được dùng bảo đảm thuộc sở hữu của bên bảo đảm. Chỉ có chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu ủy quyền mới có thể dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Điều 295 BLDS 2015 cũng ghi nhận nguyên tắc này qua quy định “*Tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu*”.<sup>209</sup>

Do tính chất vô hình của QTS, việc nhận dạng QTS thường không thể qua việc chiếm hữu dưới dạng nắm giữ, chi phối về vật chất của một chủ thể đối với tài sản mà thường thể hiện dưới dạng đăng ký dưới tên của chủ thể hoặc thông qua tư liệu chứng minh thuộc quyền sở hữu của chủ thể nhất định. Ví dụ, quyền sở hữu đối với đối tượng quyền SHTT chỉ được xác lập khi được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, hoặc quyền đòi nợ cần có những tư liệu minh chứng chủ thể của quyền đó. Bên cạnh việc nhận dạng quyền sở hữu đối với QTS thông qua đăng ký hay những tài liệu liên quan, đôi khi có thể bị thay đổi khi chủ thể khác chứng minh họ là chủ sở hữu thông qua vụ tranh chấp trước tòa án. Do vậy, đặc điểm về QTS thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm cần được hiểu QTS không có tranh chấp.

QTSBĐ đặt trong sự chi phối có tính logic với chế định về quyền sở hữu. Quyền sở hữu là căn cứ hình thành quyền sử dụng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ, bởi chỉ có chủ sở hữu của tài sản mới có quyền dùng tài sản của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cho mình hoặc cho người khác. Chủ sở hữu là chủ thể có quyền năng tuyệt đối đối với tài sản, khi tài sản được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, chủ sở hữu đã cam kết trao cho bên nhận bảo đảm quyền được xử lý tài sản (định đoạt) khi sự kiện bảo đảm xảy ra, tức khi bên bảo đảm không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ được bảo đảm. Chỉ có chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu ủy quyền mới có thể dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Điều 295 BLDS 2015 cũng ghi nhận nguyên tắc này qua quy định “*Tài sản bảo đảm phải*

<sup>209</sup> Xem thêm Vũ Thị Hồng Yến, tldđ (9), tr. 27-31.



*thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu”*<sup>210</sup>.

Quy định TSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm hoàn toàn phù hợp với nguyên lý chung là quyền tự định đoạt của chủ sở hữu tài sản. Theo đó, chỉ có chủ sở hữu đích thực mới có quyền định đoạt tài sản, bao gồm cả việc bán, chuyển nhượng tài sản hoặc đưa tài sản vào tham gia các giao dịch dân sự hoặc dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Quy định này cũng làm cơ sở đảm bảo cho việc dịch chuyển quyền sở hữu tài sản khi xử lý tài sản. Bởi lẽ, nếu không quy định TSBĐ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm thì sẽ không thỏa mãn về lý luận rằng một chủ thể không có quyền thì không thể chuyển giao quyền cho người khác. Hơn nữa, về mặt thực tiễn, sẽ không có người mua TSBĐ vì không bảo đảm về quyền sở hữu tài sản, cũng như dễ dẫn đến tranh chấp<sup>211</sup>. Đặc điểm này xuất phát từ bản chất của bảo đảm nghĩa vụ, theo đó, trong trường hợp nghĩa vụ được bảo đảm không được thực hiện, chủ nợ nhận bảo đảm có quyền xử lý TSBĐ, đặc biệt là việc chuyển nhượng, bán tài sản này để nhận tiền thanh toán.

Về mặt lý luận, việc thừa nhận tài sản được hình thành trong tương lai được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ có mâu thuẫn với điều kiện tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, bởi xác lập giao dịch bảo đảm thì tài sản chưa hình thành, hoặc đã hình thành nhưng chủ thể bảo đảm chưa xác lập quyền sở hữu thông qua đăng ký quyền sở hữu. Rõ ràng khi đó không thể xác định ai là chủ sở hữu và đối tượng sở hữu cụ thể là gì, tức không thể khẳng định tư cách pháp lý của bên bảo đảm khi ký kết và đăng ký biện pháp bảo đảm. Không xác định được chủ sở hữu thì về mặt lý luận không thể xác định được mối quan hệ giữa người có nghĩa vụ và người bảo đảm<sup>212</sup>. BLDS 2015 đã ghi nhận rõ TSBĐ có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai (Điều 295), đồng thời cũng có văn bản dưới luật hướng dẫn mô tả TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai khi đăng ký biện pháp bảo đảm<sup>213</sup>. Tuy vậy, BLDS đã không ghi nhận đây là một trường hợp ngoại lệ về điều kiện pháp lý “*TSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm*” là chưa đảm bảo sự nhất quán về lý luận. Nói cách khác, bên cạnh quy định chung về điều kiện pháp lý rằng TSBĐ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, cần khẳng định một ngoại lệ là trong trường hợp TSBĐ hình thành

<sup>210</sup> Xem thêm Vũ Thị Hồng Yến, tldd (9), tr. 27-31.

<sup>211</sup> Xem thêm Nguyễn Văn Cừ và các tác giả khác, tldd (71), tr. 488.

<sup>212</sup> Một số tác giả đã từng cho rằng tài sản hình thành trong tương lai không thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ như tác giả Trương Thanh Đức, (2009), “Những điều không thể về giao dịch bảo đảm”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, tr. 29.

<sup>213</sup> Điều b khoản 2 Điều 10 Thông tư số 08/2018/TT-BTP ngày 20 tháng 6 năm 2018 hướng dẫn về đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ tư pháp.

trong tương lai thì bên bảo đảm phải có cơ sở chứng minh được tài sản hình thành trong tương lai thuộc sở hữu của mình<sup>214</sup>.

QTSBĐ không những chắc chắn thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm mà còn phải chắc chắn rằng tài sản đó không có tranh chấp để giảm thiểu tối đa những rủi ro tiềm ẩn đối với QTSBĐ. Do vậy, QTS phải đáp ứng được tính xác định về chủ sở hữu tài sản, tình trạng pháp lý của tài sản như: không phải là tài sản đang có tranh chấp hoặc không phải là đối tượng bị kê biên hay có quyết định thu hồi của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

#### 2.6.1.2 Điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự

QTSBĐ là đối tượng của hợp đồng bảo đảm, do vậy phải tuân thủ những điều kiện chung của hợp đồng bảo đảm, tức phải có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự.

Yếu tố có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự có thể hiểu QTS sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ có thể chuyển nhượng được, có thể chuyển dịch quyền sở hữu cho người khác để khấu trừ cho nghĩa vụ được bảo đảm.

Bên cạnh ghi nhận và điều chỉnh các QTS có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật cũng quy định các QTS không được phép chuyển giao trong giao dịch và do vậy không được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Đối với QTS, pháp luật không cho phép chuyển giao như quyền được cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín, quyền đối với chỉ dẫn địa lý,...thì không thể trở thành TSBĐ, vì khi đó không thể chuyển giao trong quá trình thực hiện giao dịch bảo đảm, đặc biệt là khi cần xử lý TSBĐ. Vì vậy, với quy định hiện hành, giao dịch trên sẽ vô hiệu. Ngoài ra, xét về ý nghĩa, quyền được cấp dưỡng không nên sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ vì pháp luật đặt ra nghĩa vụ cấp dưỡng nhằm mục đích “*đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người không sống chung với mình*”<sup>215</sup>, tức nhằm đảm bảo điều kiện vật chất tối thiểu cho người được cấp dưỡng tồn tại. Do vậy, một khi chấp nhận quyền được cấp dưỡng để bảo đảm nghĩa vụ, nếu vi phạm nghĩa vụ dẫn đến phải xử lý TSBĐ thì sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của người được cấp dưỡng, và khi đó không đạt được mục đích của quy định pháp luật về cấp dưỡng. Đối với quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín liên quan trực tiếp đến giá trị nhân thân của cá nhân không thích hợp cho việc giao dịch.

<sup>214</sup> Nguyễn Văn Vân, “Một số vấn đề pháp lý về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng tài sản hình thành trong tương lai”, *Kỷ yếu hội thảo về “Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”* do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức ngày 29/9/2014 tại Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 135.

<sup>215</sup> Điều khoản 24 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình 2014.

### 2.6.1.3 Điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải có tính xác định

Tính xác định của QTSBĐ thể hiện ở hai giác độ: tính xác định về mặt vật lý và tính xác định về mặt pháp lý. Nếu như đối với tài sản hữu hình, việc xác định tài sản thể hiện ở việc xác định ai đang chiếm giữ về mặt vật chất đối với tài sản như ai đang thực tế chiếm hữu tài sản (nếu người chiếm hữu không đồng thời là chủ sở hữu thì họ có mối quan hệ nào với bên bảo đảm)<sup>216</sup>. QTS là tài sản vô hình cho nên cách xác định điều kiện có khác so với tài sản hữu hình, xác định QTS không thể dựa vào việc chiếm hữu thực tế thông qua yếu tố vật lý của tài sản mà thông qua các giấy tờ chứng nhận quyền, chẳng hạn đối với quyền yêu cầu thì phải xác định chủ thể có nghĩa vụ đối với quyền đó; nếu là QTS đối với đối tượng quyền SHTT thì phải xác định giấy đăng ký độc quyền đối với QTS đó, nếu tài sản đó là phần vốn góp hay cổ phần trong doanh nghiệp thì cần có giấy chứng nhận phần góp vốn, cổ phiếu thể hiện bên bảo đảm là chủ thể đang thực tế kiểm soát tài sản. Bên cạnh đó, TSBĐ phải đáp ứng được tính xác định về chủ sở hữu tài sản, tình trạng pháp lý của tài sản như: không phải là tài sản đang có tranh chấp hoặc không phải là đối tượng bị kê biên hay có quyết định thu hồi của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

#### **Về tính xác định QTS hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm nghĩa vụ**

QTS được dùng bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai. Không chỉ có những QTS hiện hữu, các QTS hình thành trong tương lai vẫn có thể trở thành đối tượng bảo đảm nghĩa vụ. Để khai thác được tối đa lợi ích của tài sản, điều này được thừa nhận rộng rãi trên thế giới và cả ở Việt Nam khi xác định TSBĐ nói chung, QTSBĐ (tài sản vô hình) hình thành trong tương lai cả pháp luật và thực tiễn đều thể hiện có thể dùng bảo đảm nghĩa vụ. Riêng đối với QTSBĐ, do đặc tính vô hình nên việc nhận diện chúng đôi lúc vẫn còn khó khăn, kéo theo việc nhận diện các QTS hình thành trong tương lai càng khó khăn hơn. Vì vậy, việc xây dựng khung pháp lý chặt chẽ, chi tiết đối với loại tài sản này là rất cần thiết để tạo thuận lợi đưa chúng tham gia vào các giao dịch bảo đảm, góp phần tạo nên những giá trị kinh tế trong đời sống xã hội.

QTSBĐ hình thành trong tương lai sẽ mang những yếu tố chung của TSBĐ hình thành trong tương lai. BLDS 1995 và BLDS 2005 chưa từng ghi nhận tài sản hình thành trong tương lai ở phần chung của BLDS, tuy vậy trong phần bảo đảm nghĩa vụ có thừa nhận TSBĐ có thể là tài sản hình thành trong tương lai<sup>217</sup>, đồng thời cũng có

<sup>216</sup> Xem thêm Vũ Thị Hồng Yến (2017), tldđ (9), tr. 28.

<sup>217</sup> Nghị định số 165/1999/NĐ-CP ngày 19 tháng 11 năm 1999 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm, "*Tài sản hình thành trong tương lai*" là động sản, bất động sản hình thành sau thời điểm ký kết giao dịch bảo đảm và sẽ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm như hoa lợi, lợi tức, tài sản hình thành từ vốn vay, công trình đang xây dựng, các tài sản khác mà bên bảo đảm có quyền nhận; Điều 320 BLDS 2005 "*Vật dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là vật hiện có hoặc được hình thành trong tương lai*", và Điều 8 NĐ 163/2006/NĐ-CP ngày 29

liệt kê một số loại tài sản được xem là tài sản hình thành trong tương lai được phép giao dịch cũng như có thể được dùng để bảo đảm nghĩa vụ như: (1) Tài sản được hình thành từ vốn vay; (2) Tài sản đang trong giai đoạn hình thành hoặc đang được tạo lập hợp pháp tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm; (3) Tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật.<sup>218</sup>

Theo khoản 2 Điều 108 BLDS 2015, tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch. Quy định hiện hành vẫn chưa thể có sự mô tả rõ ràng về tài sản hình thành trong tương lai.

*Thứ nhất, tài sản hình thành trong tương lai là tài sản chưa hình thành.* Vấn đề đặt ra là ở giai đoạn nào của quá trình hình thành tài sản, tài sản đó được xác định là tài sản chưa hình thành nhưng sẽ hình thành trong tương lai, hiện chưa có những hướng dẫn cụ thể<sup>219</sup>.

Theo tác giả Nguyễn Ngọc Điện, tài sản chưa hình thành được hiểu là tài sản chưa định hình về mặt vật lý, nghĩa là chưa sẵn sàng để khai thác, sử dụng theo đúng tính năng công dụng, nhưng có cơ sở nhất định là sẽ hình thành trong tương lai. Có thể hiểu tài sản “chưa hình thành” ở đây là “*trong trường hợp bình thường phải là tài sản đang hình thành theo một lộ trình rõ ràng, đáng tin cậy và hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ thể giao dịch, chứ không phụ thuộc, dù chỉ một phần vào ý chí của chủ thể khác*”<sup>220</sup>. Như vậy, với lý giải này chúng ta có thể hiểu rằng gọi là tài sản hình thành trong tương lai thì phải có cơ sở nhất định sẽ hình thành trong tương lai và có lộ trình cụ thể. Do đó, trong những trường hợp cụ thể, vẫn cần xác định lộ trình, mức độ hoàn thành cụ thể của lộ trình để xác định tài sản hình thành trong tương lai, chẳng hạn Luật Nhà ở năm 2014 đã quy định cụ thể về nhà ở hình thành trong tương lai trên cơ sở lộ trình xây dựng nhà ở<sup>221</sup>. Như vậy, khi một tài sản đã có những lộ trình nhất định cho việc hình thành trong tương lai thì có thể đáp ứng được mục đích của NHTM khi nhận tài sản hình thành trong tương lai bảo đảm nghĩa vụ.

---

tháng 12 năm 2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm có quy định bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản hình thành trong tương lai.

<sup>218</sup> Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của NĐ 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm.

<sup>219</sup> Theo tác giả Đỗ Văn Đại, quy định về tài sản hình thành trong tương lai tại khoản 2 Điều 2015 BLDS không hề có bất kỳ điều kiện nào để xác định giới hạn cho tài sản hình thành trong tương lai và tác giả cũng cho rằng cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể điều kiện để xác định các loại tài sản hình thành trong tương lai. Xem: Đỗ Văn Đại và các tác giả khác (2015), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật dân sự 2015*, NXB Hồng Đức – Hội Luật Gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 127.

<sup>220</sup> Nguyễn Ngọc Điện, (2019), “Xác định tài sản thế chấp theo tinh thần Bộ luật Dân sự 2015”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (02+03), tr. 37.

<sup>221</sup> Xem thêm Huỳnh Anh, (2016), “Một số vấn đề pháp lý về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại ngân hàng thương mại”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (19), tr. 51-58.

*Thứ hai, tài sản hình thành trong tương lai là tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch, có hai khả năng xảy ra: Một là, tài sản mà ở thời điểm xác lập giao dịch thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác nhưng có cơ sở bên xác lập giao dịch sẽ được xác lập quyền sở hữu tài sản này trong tương lai. Hai là, tài sản đã hình thành về mặt vật chất nhưng chủ thể chưa xác lập quyền sở hữu đối với tài sản đó về mặt pháp lý.*

TSBĐ nói chung có thể là tài sản hình thành trong tương lai, nên QTSBĐ cũng có thể là tài sản hình thành trong tương lai. Do chưa có quy định xác định các QTS hình thành trong tương lai nên với quy định hiện hành, một QTS được hình thành trong tương lai được xác định trên cơ sở quy định chung về tài sản hình thành trong tương lai.

## 2.6.2 *Xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại*

### 2.6.2.1 *Bản chất xử lý quyền tài sản bảo đảm*

Trong hoạt động tín dụng, việc thực hiện các biện pháp đối với QTSBĐ của khách hàng để thu hồi nợ được gọi chung là xử lý QTSBĐ. Đây là khâu cuối cùng kết thúc quan hệ pháp luật về giao dịch bảo đảm trong trường hợp có sự kiện xử lý QTSBĐ xảy ra.

Mục đích của xử lý QTSBĐ là nhằm thu hồi khoản nợ mà NH đã cấp cho khách hàng khi có sự vi phạm nghĩa vụ của khách hàng. Việc xử lý QTSBĐ có thể được thực hiện bởi nhiều biện pháp. Chính vì vậy, *xử lý QTSBĐ là một giai đoạn của bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản, giai đoạn thực hiện các biện pháp đối với QTSBĐ nhằm thu hồi khoản nợ mà NH đã cấp khi có sự vi phạm nghĩa vụ của khách hàng theo cam kết tại hợp đồng tín dụng, hợp đồng bảo đảm*<sup>222</sup>. Nói cách khác, xử lý QTSBĐ là cách thức NH chuyển QTSBĐ thành tiền tệ theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật khi khách hàng không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nghĩa vụ theo cam kết trong hợp đồng tín dụng. Xử lý QTSBĐ có ý nghĩa rất quan trọng đối với NH, việc thu hồi nợ qua xử lý QTSBĐ giúp NH giảm nợ xấu và góp phần ổn định hệ thống NH.

Việc xử lý TSBĐ là tiến hành các thủ tục để định đoạt TSBĐ, qua đó giúp bên nhận bảo đảm có thể thu giữ số tiền tương đương với nghĩa vụ được bảo đảm. Các bên nhận bảo đảm sẽ được bảo vệ quyền lợi dựa trên nguyên tắc “*ai công bố quyền trước sẽ được ưu tiên thanh toán trước*”<sup>223</sup>. Do vậy, ở góc độ này, *xử lý QTSBĐ trong hoạt động tín dụng của NH là quá trình thực thi quyền của NH thông qua việc tiến hành các thủ tục định đoạt quyền sở hữu QTSBĐ và số tiền thu được sẽ thanh toán cho NH*

<sup>222</sup> Xem thêm Lê Thị Thu Thủy (2006), *Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng*, NXB Tư pháp, Hà Nội, tr. 406.

<sup>223</sup> Xem thêm Vũ Thị Hồng Yến, sđd (9), tr. 46.

và các chủ thể khác cùng có quyền lợi trên QTS đó theo thứ tự ưu tiên do các bên thỏa thuận hoặc pháp luật quy định.

Như vậy, bản chất của xử lý TSBĐ nói chung, QTSBĐ trong hoạt động NH chính là việc NH thực hiện quyền định đoạt của mình đối với QTSBĐ nhằm thu hồi nợ do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên vay. Trên cơ sở bản chất của xử lý TSBĐ, pháp luật đã xác định các trường hợp xử lý TSBĐ (Điều 299 BLDS 2015). Mặc dù, xử lý QTSBĐ là quyền của NH nhận bảo đảm khi sự kiện bảo đảm xảy ra giúp NH thu hồi nợ, tuy nhiên, để hạn chế tình trạng lạm quyền của chủ nợ, đồng thời đảm bảo được quyền lợi NH khi bên thế chấp phản kháng, chống đối,..., việc xử lý QTSBĐ cần dựa trên các nguyên tắc thỏa thuận, công khai, khách quan, tôn trọng quyền và lợi ích pháp pháp của các bên, bảo đảm quyền lợi chính đáng của các bên và một quy trình hợp lý.

#### 2.6.2.2 Các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại

Việc xử lý QTSBĐ của các NH được thực hiện trên cơ sở hợp đồng nên nguyên tắc xử lý QTS có vai trò hết sức quan trọng, ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động xử lý QTSBĐ tiền vay.

#### **Nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận của các chủ thể trong quan hệ bảo đảm**

Nguyên tắc thỏa thuận là nguyên tắc cơ bản và xuyên suốt trong quá trình xử lý QTSBĐ. Sự thỏa thuận này được thể hiện ở các nội dung như phương thức xử lý QTSBĐ, thu giữ TSBĐ, chuyển giao QTSBĐ. Thỏa thuận về xử lý QTSBĐ thể hiện trong hợp đồng bảo đảm hoặc có thể trong quá trình xử lý QTSBĐ. Việc xử lý QTSBĐ phải tôn trọng sự thỏa thuận của các bên nếu sự thỏa thuận đó không trái với quy định pháp luật, đó là yếu tố xem xét đầu tiên trong quá trình xử lý QTSBĐ. Tuy nhiên, cần nói thêm rằng nếu quá “lạm dụng” nguyên tắc này, tức là trong trình tự, thủ tục xử lý luôn yêu cầu có sự thỏa thuận của các bên có thể khiến cho việc xử lý các QTS bị chậm hoặc bế tắc. Trong khi, NH nhận bảo đảm hầu như không nắm giữ TSBĐ do tính vô hình của chúng, nên thủ tục chuyển giao liên quan đến giấy tờ là yếu tố chi phối quan trọng. Thêm vào đó, các QTS vốn đa dạng, phong phú, ngay từ đầu, các bên có thể không thỏa thuận bao quát được tất cả các nội dung cần thiết. Do vậy, trong điều chỉnh pháp luật về xử lý QTSBĐ, một mặt tôn trọng sự thỏa thuận của các bên, mặt khác tôn trọng vật quyền của NH nhận bảo đảm đối QTSBĐ, để NH có thể thuận lợi xử lý QTSBĐ, bởi lẽ khi xác lập giao dịch bảo đảm, tức là NH đã xác lập vật quyền trên tài sản này, vật quyền cơ bản ở đây chính là quyền xử lý QTSBĐ khi có vi phạm nghĩa vụ xảy ra.

#### **Nguyên tắc dung hòa lợi ích giữa bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm khi xử lý QTSBĐ**

Mục đích và động cơ của NH nhận bảo đảm và bên bảo đảm là khác nhau. Khi xử lý QTSBĐ, các bên có thể có những lợi ích mâu thuẫn, và có thể gặp rủi ro do hành vi của bên kia hoặc do yếu tố khác. NH có thể gặp rủi ro: (i) bên bảo đảm bán QTS khi giao dịch bảo đảm vẫn còn hiệu lực, (ii) QTS đã được bảo đảm cho các chủ nợ trước đó nhưng NH không biết, (iii) NH không thể giám sát được QTSBĐ, (iv) xử lý QTS với thời gian dài và chi phí cao. Ngược lại, bên bảo đảm cũng gặp rủi ro: (i) không thể khai thác tối ưu giá trị kinh tế của QTS trong khi giá trị của QTS so với số tiền nợ (NH), (ii) NH xử lý QTS với giá thấp hơn so với giá đáng lẽ có thể đạt được; (iii) bị hạn chế quyền định đoạt đối với QTS.

Những mâu thuẫn, xung đột lợi ích giữa NH và bên bảo đảm xuất phát từ quyền của họ đối với QTSBĐ. Dù QTS đã được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ nhưng bên bảo đảm vẫn là chủ sở hữu của QTS<sup>224</sup>, NH có vật quyền trên QTSBĐ đó. Mức độ công nhận vật quyền trong quan hệ bảo đảm là khác nhau ở các quốc gia. Trong khi pháp luật hệ thống Civil Law công nhận vật quyền trong quan hệ bảo đảm là vật quyền phụ thuộc thì ở góc độ của Common Law, khi bên bảo đảm trao cho bên nhận bảo đảm một lợi ích bảo đảm lên tài sản, thì từ thời điểm đó, bên nhận bảo đảm được xác định là chủ thể có quyền lên TSBĐ<sup>225</sup>, yếu tố quyền trên tài sản này được thể hiện khá mạnh mẽ và độc lập bởi trong trường hợp xuất hiện vi phạm, bên nhận bảo đảm được quyền thu giữ và xử lý TSBĐ miễn là không phá vỡ sự bình yên<sup>226</sup>. Vì thế, từ những tiếp cận khác nhau nên quy định về trình tự, thủ tục, điều kiện xử lý QTS khác nhau. Dù vậy, tùy vào hướng tiếp cận, pháp luật có thể được xây dựng để dung hòa lợi ích của các bên trong quan hệ bảo đảm, nguyên tắc cần được xem là mục tiêu mà hệ thống pháp luật cần hướng tới trong xử lý TSBĐ nói chung, QTSBĐ nói riêng.

### **Nguyên tắc bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba có liên quan lợi ích khi xử lý QTSBĐ**

QTS có thể là đối tượng của nhiều giao dịch khác nhau. QTS có thể tham gia nhiều giao dịch bảo đảm trong trường hợp được sử dụng bảo đảm nhiều nghĩa vụ. Hoặc trong trường hợp đã trở thành QTSBĐ, QTS này vẫn có thể tham gia những giao dịch khác như bán, cho thuê,... Do vậy, giao dịch bảo đảm bằng QTS không chỉ ảnh

<sup>224</sup> Pháp luật một số quốc gia có quy định biện pháp bảo đảm có hoặc không có chuyển dịch quyền sở hữu tạm thời, ví dụ như pháp luật Anh, Nhật Đức. Xem thêm Edagawa Mitshshi (2019), *Chia sẻ kinh nghiệm của Nhật Bản trong việc xây dựng, hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm và khuyến nghị dành cho Việt Nam*, Tòa đàm “Hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm”, Cục đăng ký Quốc gia về giao dịch bảo đảm và JICA Việt Nam. Trong trường hợp chuyển giao quyền sở hữu tạm thời, sẽ có những quy định ràng buộc quyền và nghĩa vụ của bên NH nhận bảo đảm. Xem Eva-Maria Kieninger et al, sđd (47), tr. 410, theo đó ở Đức, bên thế chấp tài sản trí tuệ sẽ chuyển nhượng quyền sở hữu tài sản trí tuệ tạm thời trong suốt quá trình bảo đảm (Security Assignment (Sicherungsübertragung))

<sup>225</sup> Linda J Rush & Stephen L. Sepinuck, (2006), “Problems and materials on secured transaction”, Homson, West, tr. 49.

<sup>226</sup> Chế định self help trong pháp luật Hoa Kỳ cho phép NH được phép chủ động thu giữ các động sản và xử lý để thu hồi nợ.

hưởng đến quyền lợi của bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm mà còn đến quyền lợi của chủ thể khác. Ngoài ra, như đã phân tích, tự thân QTS có đặc tính thường liên quan đến bên thứ ba, đó là bên có mối quan hệ về việc kiểm soát, nắm giữ QTS, vì vậy, khi QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ có khả năng chi phối đến quyền lợi của các chủ thể này. Bên thứ ba trong quan hệ bảo đảm có cũng thể là bên có vật quyền đối với QTSBĐ. Do đó, yêu cầu dung hòa quyền lợi của các bên trong quan hệ bảo đảm với bên thứ ba được đặt ra đối với pháp luật về QTSBĐ. Như vậy, để đạt được mục tiêu kinh tế của các bên (mục tiêu có được khoản tín dụng đối với bên vay, mục tiêu có QTSBĐ chắc chắn để dự phòng rủi ro) cần có cơ chế pháp lý phù hợp để vừa đạt được mục tiêu của các bên, vừa đảm bảo quyền lợi của bên thứ ba. Những yêu cầu của nguyên tắc này được thể hiện qua các nội dung của pháp luật như: (i) Quy định về thứ tự ưu tiên để các bên có thể biết được thứ tự ưu tiên của mình khi xử lý tài sản. (ii) Các quy định về quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba khi xử lý QTSBĐ.

Việc đảm bảo nguyên tắc này có ý nghĩa trong việc tạo lập sự ổn định của giao dịch có liên quan đến QTS, hạn chế các tranh chấp phát sinh và cân bằng quyền lợi của tất cả các chủ thể trong giao dịch dân sự.

### 2.6.2.3 Chủ thể trong quan hệ xử lý quyền tài sản bảo đảm

Về chủ thể thực hiện quyền xử lý, NHTM nhận bảo đảm là chủ thể có quyền xử lý QTSBĐ. Quyền xử lý TSBĐ là quyền thuộc về bên nhận bảo đảm, được ghi nhận ở nhiều quy định trong BLDS 2015, cụ thể, tại khoản 2 Điều 314 quy định quyền xử lý tài sản cầm cố của bên nhận cầm cố, khoản 7 Điều 323 quy định quyền xử lý tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp,... Bên cạnh đó, tại Khoản 2 Điều 49 NĐ 21/2021/NĐ-CP quy định “*Bên nhận bảo đảm thực hiện việc xử lý tài sản bảo đảm trên cơ sở thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm thì không cần có văn bản ủy quyền hoặc văn bản đồng ý của bên bảo đảm*”. Quy định này xuất phát từ bản chất của xử lý TSBĐ là hoạt động định đoạt tài sản. Quyền định đoạt về nguyên tắc là một quyền chỉ thuộc về chủ sở hữu hoặc được chủ sở hữu ủy quyền<sup>227</sup>. Do vậy, khi cho phép chủ thể xử lý TSBĐ mà không cần ủy quyền từ chủ sở hữu, quy định này đã tạo một ngoại lệ, và được quy định tường minh làm cơ sở pháp lý cho việc thực hiện quyền. Tóm lại, nếu trong hợp đồng bảo đảm, các bên không có thỏa thuận gì đặc biệt thì khi có căn cứ, trường hợp phát sinh quyền xử lý QTSBĐ thì bên nhận bảo đảm sẽ thực hiện quyền này.

Trường hợp một QTS được bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, vấn đề đặt ra là ai trong số các bên nhận bảo đảm được quyền thực hiện việc xử lý. Pháp luật đã xác định, trường hợp phải xử lý tài sản để thực hiện một nghĩa vụ đến hạn thì các nghĩa vụ

<sup>227</sup> Điều 195 BLDS 2015, người không phải là chủ sở hữu tài sản chỉ có quyền định đoạt tài sản theo uỷ quyền của chủ sở hữu hoặc theo quy định của luật.



khác tuy chưa đến hạn đều được coi là đến hạn<sup>228</sup> và tất cả các bên cùng nhận bảo đảm đều được tham gia xử lý tài sản. “*Bên nhận bảo đảm đã thông báo về việc xử lý tài sản có trách nhiệm xử lý tài sản, nếu các bên cùng nhận bảo đảm không có thỏa thuận khác*” (khoản 3 Điều 296 BLDS 2015). Như vậy, pháp luật ưu tiên cho bên cùng nhận bảo đảm đã thông báo về việc xử lý TSBĐ được quyền xử lý nếu các bên cùng nhận bảo đảm không có thỏa thuận khác. Theo phân tích trên, trong trường hợp có thỏa thuận một chủ thể khác xử lý (không phải là chủ thể đã thông báo) thì bên nhận bảo đảm thực hiện xử lý cũng không cần bất kỳ sự ủy quyền nào từ bên bảo đảm.

Chủ thể thứ hai tham gia vào quá trình xử lý là bên bảo đảm. Bên bảo đảm tham gia, phối hợp với bên thực hiện xử lý với tư cách là bên có nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm để xử lý, phối hợp với bên xử lý trong việc chuyển giao quyền sở hữu cho bên nhận chuyển nhượng khi QTSBĐ được định đoạt. Đồng thời, bên bảo đảm tham gia trong việc được thông tin về xử lý QTSBĐ, xác định giá trị của QTSBĐ, tùy trường hợp, bên bảo đảm được pháp luật ghi nhận có thể trực tiếp xác định giá thông qua thỏa thuận với bên nhận bảo đảm, hoặc giám sát việc xác định giá của bên nhận bảo đảm và bên liên quan trong trường hợp không thỏa thuận giá. Điều này cũng nhằm bảo đảm lợi ích chính đáng của bên bảo đảm, tránh tư lợi của bên nhận bảo đảm trong quá trình xử lý QTSBĐ.

Chủ thể thứ ba là bên có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến QTSBĐ. Các bên này xuất hiện khá phổ biến đối với các QTSBĐ, điều này cũng tạo nên những nét đặc thù khi xử lý các loại QTSBĐ. Cụ thể:

(i) Trường hợp TSBĐ là QSDĐ, ngoài việc bên thứ ba có thể là bên được giao quản lý, sử dụng QSDĐ được bảo đảm, bên thứ ba còn có thể là bên có tài sản gắn liền với QSDĐ, bên có quyền hưởng dụng, quyền bề mặt đối với QSDĐ được dùng bảo đảm, bên đã đầu tư tài sản vào mảnh đất đã được thế chấp QSDĐ;

(ii) Trường hợp TSBĐ là QTS đối với đối tượng SHTT thì chủ thể thứ ba có liên quan thường xảy ra là trường hợp bên có quyền sử dụng thế chấp quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT mà không phải là chủ sở hữu của quyền SHTT thì chủ sở hữu quyền chính là bên thứ ba trong quan hệ này;

(iii) Trường hợp TSBĐ là quyền đòi nợ, chủ thể thứ ba đầu tiên hiển nhiên là bên mắc nợ, bởi quyền đòi nợ là quan hệ đối nhân nên chủ thể này chi phối rất lớn đến việc xử lý, thu hồi nợ của NH nhận bảo đảm;

(iv) Trường hợp TSBĐ là phần vốn góp, cổ phần thì bên thứ ba liên quan luôn tồn tại chính là doanh nghiệp mà bên bảo đảm góp vốn hoặc mua cổ phần. Các doanh

---

<sup>228</sup> Trừ trường hợp các bên muốn tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ chưa đến hạn và thỏa thuận về việc bên bảo đảm dùng tài sản khác để bảo đảm việc thực hiện các nghĩa vụ chưa đến hạn.

nghiệp này là những tổ chức có tư cách pháp nhân, hoạt động thông qua việc điều hành, quản lý của các cá nhân theo quy định của pháp luật doanh nghiệp. Vì thế, chủ thể liên quan trực tiếp chính là những người có trách nhiệm trong các doanh nghiệp này.

Chủ thể thứ ba khác có liên quan đến quá trình xử lý là các cơ quan nhà nước như Tòa án xét xử tranh chấp QTSBĐ, cơ quan hành chính nhà nước hỗ trợ đăng ký tài sản khi chuyển giao QTSBĐ đã được định đoạt cho bên nhận chuyển nhượng QTSBĐ,... hoặc tổ chức liên quan khác như chủ thể định giá, cơ quan đấu giá và các chủ thể khác.

#### 2.6.2.4 Cơ sở xác định quyền truy đòi và thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý quyền tài sản bảo đảm

Trong hoạt động cấp tín dụng của NHTM, quan hệ bảo đảm được xác lập theo thỏa thuận của các bên dựa trên các quy định của pháp luật về hợp đồng. Do vậy, bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS là biện pháp bảo đảm hình thành từ sự thống nhất ý chí giữa các bên (bên thế chấp và bên nhận thế chấp). Đặc tính này chi phối nội dung và phạm vi quyền của bên nhận bảo đảm. Theo đó, bên nhận bảo đảm vừa có quyền (mang tính chất vật quyền) trên QTS thế chấp, đồng thời vừa có quyền (mang tính chất trái quyền) đối với bên thế chấp. Theo tác giả Nguyễn Quang Hương Trà, “*Quyền có tính chất vật quyền là đặc điểm nổi trội hơn vì nó thể hiện tính chất bảo đảm của thế chấp tài sản mạnh mẽ hơn, còn trái quyền chỉ mang tính chất là “quyền phụ thêm”, hỗ trợ (hỗ trợ) cho việc thực thi quyền (có tính chất) vật quyền của bên nhận thế chấp*”.<sup>229</sup>

Trong quan hệ bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, quyền ưu tiên và quyền truy đòi (quyền theo đuổi) là hai vật quyền tiêu biểu của bên nhận bảo đảm đối với vật bảo đảm (TSBĐ). Quyền theo đuổi là quyền của chủ thể có thể tác động vào TSBĐ ngay cả khi tài sản không còn nằm trong tay bên bảo đảm<sup>230</sup>. Quyền ưu tiên là quyền được thanh toán trước các chủ nợ khác, ví dụ, chủ nợ nhận thế chấp có quyền nhận tiền thu được từ việc bán tài sản thế chấp để trừ nợ trước các chủ nợ thường... Đây là một dạng quyền năng hạn chế đối với vật; các quyền năng này chỉ phát huy tác dụng trong những trường hợp được ghi nhận trong luật và được thực hiện theo những thể thức nghiêm ngặt.

Nguyên tắc chung để xác định thứ tự ưu tiên thanh toán đã được thừa nhận trong khoa học pháp lý là nguyên tắc “first in time rule” (*thứ tự về thời gian*). Thứ tự xác lập giao dịch bảo đảm về mặt thời gian được sử dụng để xác định quyền ưu tiên

<sup>229</sup> Nguyễn Quang Hương Trà (2021) “Thế chấp bất động sản theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành”, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 31.

<sup>230</sup> Theo pháp luật Việt Nam, BLDS 2015 sử dụng thuật ngữ “quyền theo đuổi” mà sử dụng “quyền truy đòi”, quyền truy đòi này phát sinh khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Khác với quyền của chủ thể có quyền đối với TSBĐ trong mối quan hệ với bên bảo đảm được áp dụng theo quy chế hợp đồng cũng như các quy định tương ứng về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong trái quyền để điều chỉnh.

của các chủ nợ có bảo đảm trên cùng một TSBĐ<sup>231</sup>. Điều 29.1 Công ước Cape Town<sup>232</sup> cũng quy định “Lợi ích bảo đảm đăng ký trước hưởng quyền ưu tiên so với các lợi ích bảo đảm đăng ký sau và các lợi ích bảo đảm không đăng ký”. Có nghĩa là mọi người sẽ được phục vụ theo thứ tự họ đến. Người đến trước sẽ được ưu tiên trước. Cụ thể, quyền ưu tiên được xác lập theo thời điểm có hiệu lực đối với bên thứ ba, nếu giao dịch nào có hiệu lực với bên thứ ba trước thì chủ nợ sẽ được ưu tiên thanh toán trước. Hiệu lực đối với người thứ ba trong trường hợp này được gọi là hiệu lực đối kháng.

Ở Việt Nam, trước khi BLDS 2015 ra đời, hiệu lực đối kháng hầu như ít được nhắc đến<sup>233</sup>, bởi khoảng thời gian đó, chưa có sự phân định rõ giữa hiệu lực đối kháng với hiệu lực của hợp đồng bảo đảm. Với sự ra đời của BLDS 2015 cũng đã phân định rõ giữa hiệu lực giao dịch và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba và chỉ trong những trường hợp nhất định việc đăng ký gắn với điều kiện có hiệu lực của hợp đồng bảo đảm.

Hiệu lực đối kháng với người thứ ba là căn cứ pháp lý xác định quyền truy đòi QTSBĐ và quyền được thanh toán của bên nhận bảo đảm trong trường hợp nhiều người cùng có quyền đối với QTSBĐ. Theo quy định, khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì bên nhận bảo đảm được quyền truy đòi TSBĐ và được quyền ưu tiên thanh toán<sup>234</sup>. Quyền truy đòi thay đổi hoặc không chấm dứt trong trường hợp TSBĐ bị chuyển giao cho người khác do mua bán, tặng cho, trao đổi, chuyển nhượng, chuyển giao khác về quyền sở hữu; chiếm hữu, sử dụng hoặc được lợi về TSBĐ không có căn cứ pháp luật và không thuộc trường hợp quy định<sup>235</sup>. Đối với quyền được thanh toán, biện pháp phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký và 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<sup>236</sup>. Điều này cũng dẫn đến hệ quả, đối với cùng một TSBĐ không buộc đăng ký, nhưng có biện pháp bảo đảm đăng ký, có biện pháp bảo đảm không đăng ký

<sup>231</sup> Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn, (2015), “Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh so sánh luật học”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, (23(303)), tr. 77-88.

<sup>232</sup> Công ước về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bằng thiết bị di động ngày 16/11/2001 tại Cape Town đề cập đến vấn đề áp dụng các BPBĐ bằng thiết bị di động bao gồm “khung tàu bay, máy móc của tàu bay, máy bay trực thăng, các phương tiện, thiết bị chạy trên đường ray và các thiết bị không gian”.

<sup>233</sup> BLDS 2005 không quy định về hiệu lực đối kháng, NĐ 163/2006/NĐ-CP có nhắc qua hiệu lực đối kháng một lần.

<sup>234</sup> Điều 297 BLDS 2015.

<sup>235</sup> Xem thêm khoản 1, khoản 2 Điều 7 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>236</sup> Xem thêm Điều 298, Điều 308 BLDS 2015.

thì biện pháp bảo đảm có đăng ký được ưu tiên thanh toán<sup>237</sup>, trừ trường hợp hiệu lực đối kháng được xác lập trên cơ sở nắm giữ tài sản<sup>238</sup>.

Có thể thấy, việc quy định quyền truy đòi TSBĐ và cả quyền ưu tiên thanh toán trong BLDS 2015 bước đầu đã ghi nhận và thể hiện được một số nội dung của vật quyền bảo đảm để tăng cường tính chủ động của bên nhận bảo đảm trong việc xử lý TSBĐ. Điều này thể hiện tư duy vật quyền bước đầu đã phản ánh trong các quy định về bảo đảm nghĩa vụ. Với tư duy trái quyền, quyền xử lý TSBĐ của bên nhận bảo đảm đối với TSBĐ chỉ được thực hiện thông qua hành vi thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm theo hợp đồng bảo đảm đã giao kết. Trong khi đó, với tư duy vật quyền, thừa nhận bên nhận bảo đảm có vật quyền trên TSBĐ, trên cơ sở vật quyền đó, bên nhận bảo đảm được thực hiện trên khuôn khổ pháp luật mà không phụ thuộc vào ý chí của bên bảo đảm hoặc bên thứ ba.

## **2.7 Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về các loại quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ**

Một đối tượng được xác định là tài sản dưới dạng QTS với phạm vi cụ thể, rõ ràng là tiền đề đưa QTS này trở thành TSBĐ. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành và thực tiễn áp dụng cho thấy các quy định liên quan đến việc xác định các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ còn những hạn chế, cản trở việc đa dạng hóa các QTS tham gia bảo đảm nghĩa vụ tại các NHTM, thể hiện ở: (i) quan niệm về tài sản dưới dạng QTS chưa thật sự cởi mở, (ii) nội hàm của các QTS chưa thể hiện rõ ràng, chưa tách bạch được các loại QTS với nhau, (iii) một số trường hợp chưa phân định được các QTS có lợi ích trùng lặp nhau. Do vậy, tác giả đề xuất một số giải pháp nhằm khắc phục vướng mắc, giúp mở rộng hơn các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

### *2.7.1 Pháp luật nên tiếp cận theo chức năng đối với quyền tài sản được dùng bảo đảm*

Tiếp cận theo chức năng, tức là dựa trên yếu tố “lợi ích bảo đảm”. Điều này thể hiện ở các nội dung sau:

- (i) Bất kỳ quyền, lợi ích nào đều có thể được bảo đảm nghĩa vụ miễn rằng nó thực hiện được chức năng bảo đảm, tức pháp luật cần tiếp cận QTSBĐ theo hướng “lợi ích bảo đảm”, thừa nhận các QTS được các bên sử dụng bảo đảm nghĩa vụ là QTSBĐ, không quá xem trọng tính toàn vẹn của quyền sở hữu. Việc xác định lợi ích nào không được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ sẽ được xem là những ngoại lệ của pháp luật.
- (ii) Không phân biệt hình thức bảo đảm, tức các bên có thể thỏa thuận nội dung mang tính chất bảo đảm nghĩa vụ, dù không hoàn toàn được thể hiện dưới một

<sup>237</sup> Xem thêm Điều 298 BLDS 2015.

<sup>238</sup> Xem thêm Điều 310, Điều 346 BLDS 2015.

biện pháp bảo đảm cụ thể đã được pháp luật quy định và thỏa thuận này cần được thừa nhận. Điều này dựa trên cơ sở đảm bảo quyền tự do tự nguyện thỏa thuận của các bên, mặc khác đáp ứng được yêu cầu của nền kinh tế thị trường, yêu cầu của các bên khi tham gia các quan hệ kinh tế, các giao dịch phong phú, đa dạng trong kinh doanh thương mại.

Với cách tiếp cận này sẽ tạo điều kiện cho các QTS hiện có và các QTS mới xuất hiện trong nền kinh tế hiện đại trở thành QTSBĐ; tận dụng, thúc đẩy, khuyến khích mọi loại tài sản có thể trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm và khai thác tối đa giá trị của QTS.

Do đó, pháp luật cần bổ sung quy định về QTS được dùng bảo đảm, cụ thể: *“Các quyền, lợi ích được các bên thỏa thuận sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ có khả năng thực hiện được chức năng đảm bảo đều là TSBĐ, dưới bất kỳ hình thức, biện pháp bảo đảm nào, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác đối với quyền, lợi ích đó”*. Nội dung này có thể được bổ sung vào quy Nghị định 21/2021/NĐ-CP, tại Điều 8 về *“Tài sản dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”* hoặc quy định trong Luật về giao dịch bảo đảm trong trường hợp Luật này được ban hành. Dựa trên quy định này, Tòa án có cơ sở tiếp nhận và giải quyết đối với các tranh chấp về các QTS mới chưa có tiền lệ được dùng bảo đảm nghĩa vụ, thay vì tập trung cân nhắc loại quyền này có được dùng bảo đảm nghĩa vụ hay không.

Kiến nghị dựa trên cơ sở tham khảo quy định của pháp luật nước ngoài về nội dung này. Tham khảo quy định của luật mẫu về Giao dịch bảo đảm của Uncitral, theo đó đã đưa ra khuyến nghị trong một định nghĩa: *“Thỏa thuận bảo đảm là: (i) thỏa thuận, bất kể có được các bên có đặt tên là thỏa thuận bảo đảm hay không, thiết lập giữa bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm về việc tạo lập một quyền lợi bảo đảm và (ii) thỏa thuận chuyển nhượng toàn bộ khoản phải thu”*.<sup>239</sup>

### 2.7.2 Ghi nhận trường hợp ngoại lệ các quyền có nội dung kinh tế được dùng bảo đảm

Thực tiễn xã hội cũng như pháp luật của các nước trên thế giới cho thấy có sự thừa nhận các lợi ích dưới dạng quyền là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ, nhưng pháp luật Việt Nam lại không thừa nhận các loại quyền này như quyền bề mặt, quyền hưởng dụng (Pháp chẳng hạn). Nếu xét về bản chất của quyền, rõ ràng đây là các QTS vì *“là các quyền trị giá được thành tiền”* (Điều 115 BLDS 2015). Tuy vậy, xét trong bối cảnh tổng thể của BLDS, các quyền này không được xác định là QTS với tư cách là một loại tài sản, thay vào đó, chúng được thiết kế trong nội dung riêng biệt, là các *“quyền khác đối với tài sản”*. Vì thế, để các quyền này có thể trở thành TSBĐ cần có quy định tường minh và xác định là trường hợp ngoại lệ của QTS được sử dụng bảo

<sup>239</sup> Điều 2 (jj) Uncitral Model Law on secured transactions.

đảm nghĩa vụ. Do đó, cần bổ sung vào NĐ 21/2021/NĐ-CP trường hợp quyền bề mặt, quyền hưởng dụng được dùng bảo đảm nghĩa vụ.

### 2.7.3 *Xác định rõ hơn các quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ*

Phân tích quy định pháp luật và thực tiễn cho thấy, trong một số trường hợp, nội hàm, phạm vi, đối tượng các QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ chưa được xác định rõ, vì vậy tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

**Thứ nhất**, sửa đổi quy định tại NĐ 21/2021/NĐ-CP, quy định hiện tại liệt kê quyền đòi nợ, khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán là những QTS riêng biệt. Trong khi, bản thân quyền đòi nợ cũng bao hàm các quyền này. Vì vậy, cần đưa ra định nghĩa về quyền đòi nợ. Theo đó, quyền đòi nợ là quyền yêu cầu thanh toán một khoản tiền, bao gồm khoản phải thu và quyền yêu cầu thanh toán khác. Đồng thời giải thích rõ quyền đòi nợ được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ gồm cả quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng tín dụng và từ các hợp đồng mua bán, dịch vụ khác phát sinh trong hoạt động kinh doanh, thương mại và các quyền yêu cầu thanh toán khác.

Kiến nghị này trước hết xuất phát từ yêu cầu quy định cụ thể, rõ ràng của pháp luật về đối tượng QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ. Hai là, giúp các bên tham gia giao dịch bảo đảm nhận thức rõ về quyền đòi nợ là đối tượng được dùng bảo đảm nghĩa vụ, khắc phục sự lúng túng trong thời gian qua khi thỏa thuận về quyền đòi nợ được dùng bảo đảm. Ba là, khẳng định rõ quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng tín dụng cũng là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ, tạo cơ sở pháp lý rõ ràng cho NHTM yên tâm nhận bảo đảm.

**Thứ hai**, pháp luật cần xác định rõ nội hàm của phần vốn góp và nội hàm của QTS phát sinh từ việc góp vốn, đặc biệt là phần vốn góp vào doanh nghiệp, QTS phát sinh từ việc góp vốn vào doanh nghiệp. Cụ thể, xác định rõ QTS phát sinh từ phần vốn góp vốn hoặc từ việc góp vốn, phần vốn góp có bao gồm các QTS như lợi tức phát sinh từ phần vốn góp, quyền mua phần vốn góp hình thành trên cơ sở góp vốn góp; cổ phần, cổ tức, quyền mua cổ phần hình thành từ việc sở hữu cổ phần.

Lý do của kiến nghị trên, mặc dù các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận các quyền và lợi ích cụ thể trong hợp đồng bảo đảm khi giao kết, tuy vậy, trong những trường hợp trên, khả năng các bên không dự liệu hết được những lợi ích liên quan đến đối tượng bảo đảm hoặc bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm hoàn toàn có thể hiểu khác nhau về phạm vi của đối tượng bảo đảm, do vậy rất cần thiết quy định cụ thể để hạn chế những tranh chấp có thể xảy ra.

**Thứ ba**, ghi nhận những bản án, quyết định điển hình có nội dung phân biệt các QTS, QTS phát sinh từ hợp đồng và tài sản hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng làm án lệ. Trước mắt, thừa nhận Bản án số 841/2020/KDTM-ST ngày 01/09/2020 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh làm án lệ. Nội dung dự kiến của án lệ

là: “trong trường hợp các bên thỏa thuận QTS phát sinh từ hợp đồng góp vốn để nhận một tài sản nhất định, Tòa án cần xác định quyền nhận tài sản là đối tượng hợp đồng bảo đảm dưới dạng QTS phát sinh từ hợp đồng. Tài sản là đối tượng của quyền không phải là đối tượng của hợp đồng bảo đảm.”

Kiến nghị xuất phát vấn đề xác định đối tượng bảo đảm trong hợp đồng bảo đảm sẽ xác định hình thức của hợp đồng, kéo theo chi phối đến hiệu lực của hợp đồng. Theo đó, hợp đồng có thể bị xác định vô hiệu do không thỏa mãn về hình thức, tạo nên hệ quả không đáng có, không đúng với ý chí thực sự của các bên cũng như ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của bên nhận bảo đảm.

**Thứ tư**, bổ sung quy định về các trường hợp QTS không được dùng bảo đảm nghĩa vụ do trùng lặp về lợi ích. Cụ thể, (i) trường hợp các bên dùng QTS phát sinh từ phần vốn góp để bảo đảm nghĩa vụ thì không được dùng phần vốn góp để bảo đảm nghĩa vụ, (ii) trường hợp thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng thì không được thế chấp tài sản hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng. Song song đó, cần bổ sung quy định cụ thể về các bên có thể chuyển đổi giữa hai trường hợp thế chấp này.<sup>240</sup>

Lý do của kiến nghị các đối tượng bảo đảm trên có lợi ích chồng lấn lên nhau, vì thế quy định nhằm tránh trường hợp cùng một lợi ích hoặc có sự trùng lặp về lợi ích nhưng được sử dụng để bảo đảm nhiều nghĩa vụ khác nhau ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của các bên nhận thế chấp đối với các QTS. Quy định này cũng giúp các cơ quan thực hiện đăng ký biện pháp bảo đảm dễ dàng nhận diện và từ chối đối với những QTS có sự trùng lặp về lợi ích, hạn chế những tranh chấp có thể phát sinh liên quan đến QTSBĐ.

**Thứ năm**, bổ sung quy định trong LDN, theo đó, ghi nhận thành viên góp vốn trong công ty TNHH có quyền thế chấp phần vốn. Việc bỏ trống quy định về quyền sử dụng phần vốn góp trong công ty TNHH để bảo đảm nghĩa vụ sẽ gây nên tâm lý lo ngại cho NHTM khi nhận QTS này bảo đảm nghĩa vụ vì lo ngại rủi ro pháp lý, do vậy việc LDN khẳng định quyền này là cần thiết. Cá nhân, tổ chức có thể tận dụng QTS là phần vốn góp này để được cấp tín dụng, đáp ứng nhu cầu mở rộng sản xuất, kinh doanh của mình.

---

<sup>240</sup> Hiện nay, quy định về việc chuyển đổi thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở và nhà ở hình thành trong tương lai sang thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, tuy nhiên, chưa có quy định mang tính tổng quát cho các trường hợp khác tương tự.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Qua quá trình phân tích, luận giải cùng những minh chứng, tác giả đã giải quyết được các vấn đề cơ bản sau:

**Thứ nhất**, làm sáng tỏ về mặt lý luận về QTS, theo đó, QTS lại có thể được hiểu những khía cạnh khác nhau, theo nghĩa rộng hẹp khác nhau.

QTS có thể được nhìn nhận dưới góc độ là quyền chủ thể - quyền của một chủ thể được thụ hưởng một lợi ích nào đó và tất cả người khác phải tôn trọng sự thụ hưởng đó; ở góc độ khác, QTS được tiếp cận là khái niệm pháp lý về tài sản. Ở góc độ thứ hai, theo nghĩa rộng, QTS là bất cứ lợi ích nào mang nội dung kinh tế, trị giá được thành tiền. Theo nghĩa hẹp hơn, QTS là một loại tài sản, vừa là quyền dân sự, vừa đảm bảo yếu tố là đối tượng của quyền sở hữu, thể hiện ở khả năng chiếm hữu, sử dụng và định đoạt của chủ thể đối với QTS đó. Trong xã hội hiện đại, các QTS với tư cách là một loại tài sản có xu hướng ngày càng mở rộng và tiệm cận với QTS theo nghĩa rộng.

**Thứ hai**, phân tích cho thấy bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS vừa là cơ sở để đảm bảo an toàn cho hoạt động cấp tín dụng của NHTM vừa kích thích hoạt động cấp tín dụng của NHTM. QTS là tài sản có tiềm năng và triển vọng trong việc sử dụng bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cấp tín dụng bên cạnh các tài sản hữu hình, bổ sung và bù khuyết những hạn chế của TSBĐ hữu hình.

**Thứ ba**, đặc tính của QTS tác động đến nhu cầu điều chỉnh pháp luật về QTS được sử dụng bảo đảm trong hoạt động cho vay tại các NHTM: tính vô hình, thường liên quan đến bên thứ ba, ... Những đặc tính này đòi hỏi quy định về điều kiện để QTS trở thành TSBĐ hoặc các quy định liên quan đến xử lý QTSBĐ như phương thức xử lý, các vật quyền liên quan như quyền truy đòi, quyền thu giữ và cả quyền ưu tiên thanh toán cũng cần có những quy định phù hợp tương ứng.

**Thứ tư**, nghiên cứu cho thấy tiếp cận của Việt Nam và các nước trên thế giới có những điểm khác biệt về TSBĐ nói chung, QTSBĐ nói riêng. Các nước theo hệ thống Common law và quan điểm của Ủy ban liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế tiếp cận TSBĐ theo hướng “quyền lợi bảo đảm”, theo đó tất cả các quyền và lợi ích có giá trị kinh tế đều có thể trở thành TSBĐ. Tuy nhiên, Việt Nam thường chú trọng xem xét QTS có được xem là tài sản hay không để làm cơ sở bảo đảm nghĩa vụ, và với quy định hiện hành thì phải có đủ các quyền năng chiếm hữu, sử dụng, định đoạt QTS thì mới có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Điều đó có thể làm cho một số quyền, lợi ích có giá trị kinh tế không thể trở thành TSBĐ. Thực tế này đã đặt ra cho pháp luật Việt Nam câu hỏi nên xây dựng quy định về QTSBĐ như thế nào để khai thác tối đa các giá trị của QTS trong việc sử dụng bảo đảm.

**Thứ năm**, phân tích các quy định hiện hành nhằm nhận diện các QTS có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ thì thấy pháp Việt Nam đã có những hoàn thiện



đáng kể trong việc nhận các QTS bảo đảm nghĩa vụ. Theo đó, sự ra đời ND 21/2021/NĐ-CP đã hệ thống, bổ sung và ghi nhận cụ thể khá nhiều các tài sản được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ: bổ sung và nêu rõ các quyền phát sinh trong lĩnh vực khoa học công nghệ, quy định chi tiết các QTS phát sinh từ hợp đồng, bổ sung một số QTS mới như số dư tài khoản, cổ tức, quyền mua cổ phần, quyền mua cổ phiếu, các QTS phát sinh từ dự án, quy định rõ hơn về quyền khai thác khoáng sản... Tuy nhiên, phạm vi của một số QTS vẫn chưa làm rõ, điều này tạo nên những bất cập trong áp dụng.

**Thứ sáu**, phân tích thực tiễn cho thấy QTS đa dạng và phức tạp, việc nhận diện trong thực tiễn sử dụng bảo đảm nghĩa vụ vẫn còn những khó khăn, đôi khi sự không hiểu rõ về QTS đã khiến cho hợp đồng bảo đảm bị tòa án tuyên vô hiệu. Điều này yêu cầu sự nỗ lực trong việc hoàn thiện các quy định về việc các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ về nội hàm, về phạm vi của mỗi loại QTS cũng như việc phân định chúng với nhau trong trường hợp có sự giao thoa, trùng lặp.

**Thứ bảy**, phân tích và xác định về cả lý luận và pháp luật điều kiện để QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ cần thỏa các yếu tố: QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, QTS phải có thể chuyển giao trong giao dịch và QTS phải có tính xác định. Các điều kiện này sẽ biểu hiện khác nhau tùy thuộc vào loại QTS cụ thể.

**Thứ tám**, những vấn đề lý luận và pháp luật về xử lý QTSBĐ được làm rõ, làm cơ sở cho việc phân tích thực trạng pháp luật về xử lý QTSBĐ được trình bày tại chương 4. Các vấn đề lý luận và pháp luật bao gồm: bản chất của xử lý QTSBĐ, nguyên tắc xử lý QTSBĐ, chủ thể trong quan hệ xử lý QTSBĐ, cơ sở phát sinh quyền truy đòi và quyền ưu tiên trong xử lý QTSBĐ.

**Thứ chín**, qua phân tích các quy định QTS, quan niệm về QTSBĐ, các loại QTSBĐ, tác giả đã đưa ra một số giải pháp cụ thể liên quan đến việc mở rộng các QTSBĐ, việc nhận diện các loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ gồm: (i) tiếp cận QTSBĐ theo chức năng, theo hướng “lợi ích bảo đảm”, (ii) thừa nhận những quyền có nội dung kinh tế có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, (iii) xác định rõ nội hàm của các QTS, đặc biệt là quyền đòi nợ, (iv) chọn lọc các bản án về sự thừa nhận những QTS, từ đó, tạo cơ sở cho Tòa án trong giải quyết tranh chấp liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, (v) quy định các QTS có cùng một lợi ích hoặc có sự trùng lặp về lợi ích không được đồng thời sử dụng để bảo đảm cho các nghĩa vụ khác nhau.

Có thể nói, nhận diện các loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ là khâu đầu tiên của quá trình đưa QTS trở thành TSBD. Tuy nhiên, một QTS cụ thể có được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ hay không cần xem xét đến điều kiện để QTS trở thành TSBD. Nội dung này sẽ được trình bày trong chương 3 của luận án.

### CHƯƠNG 3

## ĐIỀU KIỆN ĐỂ QUYỀN TÀI SẢN ĐƯỢC DÙNG BẢO ĐẢM TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

### 3.1 Thực trạng pháp luật về điều kiện của quyền tài sản dùng để bảo đảm tại các ngân hàng thương mại

#### 3.1.1 Về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm

Để trở thành đối tượng của biện pháp bảo đảm, về nguyên tắc các QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ đã ghi nhận cụ thể trong luật. Trước đây, tại Điều 320 BLDS 2005 đã xác định QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm<sup>241</sup>. BLDS năm 2015, tại Điều 295 tiếp tục khẳng định TSBD phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu, BLDS 2015 đã đưa ra hai ngoại lệ đối với hai biện pháp bảo đảm không cần thỏa mãn nguyên tắc này. Ngoại lệ này không chỉ phụ thuộc vào các loại biện pháp bảo đảm, đối với các trường hợp cụ thể, các loại tài sản cụ thể cũng có và cần có những quy định ngoại lệ phù hợp, tương ứng. Nói cách khác, QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm là điều kiện có tính nguyên tắc, nhưng không phải bất di, bất dịch trong mọi trường hợp.

Ngoài ra, liên quan đến yếu tố quyền sở hữu, đối tượng bảo đảm là QTS phải thỏa mãn điều kiện không phải là đối tượng bị tranh chấp về quyền sở hữu. Nếu QTS đang có tranh chấp thì chỉ khi nào các tranh chấp đó được giải quyết bằng văn bản thỏa thuận giữa các bên hoặc thông qua bản án, quyết định có hiệu lực của Tòa án hoặc quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì mới trở thành đối tượng của các biện pháp bảo đảm.

#### 3.1.3.1 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền sử dụng đất

Quyền sử dụng đất phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm là quy định nhằm bảo đảm an toàn cho giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, trong trường hợp nhất định, pháp luật chấp nhận bên bảo đảm không hoàn toàn là chủ sở hữu đích thực của QSDĐ nhưng QSDĐ vẫn được xác định là thỏa mãn điều kiện về TSBD trong trường hợp bảo vệ bên nhận bảo đảm ngay tình (Điều 36 Nghị định 21/2021). Đây là quy định mới, có tác dụng đảm bảo sự bình ổn của những giao dịch bảo đảm bằng QSDĐ trong hoạt động NH, bảo đảm quyền lợi của NH. Tuy vậy, việc xác định NH ngay tình khi nhận thế chấp QSDĐ cũng là vấn đề gây nhiều tranh cãi, cần làm rõ.

---

<sup>241</sup> Điều 320 BLDS 2005 “*Vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm*”. Vật ở đây có thể hiểu là cả vật hữu hình và vật vô hình, tức là gồm QTS.

***Bảo vệ quyền lợi của ngân hàng là người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu***

Điều 133 BLDS năm 2015 đã đưa ra các quy định để bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu. Trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu. Quy định này từng được các nhà nghiên cứu đặt ra liệu rằng có được áp dụng đối với hợp đồng bảo đảm hay không, yếu tố chuyển giao này có bao gồm việc thế chấp hay không. Vấn đề này, Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao đã hướng dẫn tại mục 1 phần II Công văn số 64/TANDTC-PC<sup>242</sup>, theo đó, trường hợp giao dịch chuyển nhượng nhà đất bị vô hiệu nhưng bên nhận chuyển nhượng đã được cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, QSDĐ và đã thế chấp nhà, QSDĐ đó cho NH theo đúng quy định của pháp luật thì giao dịch thế chấp đó không vô hiệu. Nội dung này trong công văn đã được ghi nhận chính thức trong văn bản quy phạm pháp luật, tại Điều 36 NĐ 21/2021/NĐ-CP đã xác định 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 BLDS thì hợp đồng thế chấp không bị vô hiệu. NĐ 21/2021/NĐ-CP cũng đã giải thích về yếu tố chuyển giao trong trường hợp này 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 BLDS.

Tuy nhiên, vấn đề xác định NH là người thứ ba ngay tình trong thực tiễn thế chấp quyền sử dụng đất theo Điều 133 BLDS lại cần phải làm rõ. Theo quy định của BLDS 2015, thông qua quy định về chiếm hữu có thể hiểu về yếu tố thế nào là ngay tình và không ngay tình. Theo đó, chiếm hữu ngay tình là việc chiếm hữu mà người chiếm hữu có căn cứ để tin rằng mình có quyền đối với tài sản đang chiếm hữu, chiếm hữu không ngay tình là việc chiếm hữu mà người chiếm hữu biết hoặc phải biết rằng mình không có quyền đối với tài sản đang chiếm hữu (Điều 181). Như vậy, nếu NH thuộc trường hợp “**phải biết**” mình không có quyền nhận thế chấp QTS nhưng vẫn giao kết hợp đồng thì NH không ngay tình và không được bảo vệ. Yếu tố “**phải biết**” ở đây khi xem xét đối với NH là tổ chức tài chính, có bộ phận thẩm định, đánh giá tình trạng pháp lý của QTS trước khi nhận bảo đảm sẽ khác với yếu tố phải biết của các chủ thể thông thường khác. Không thể chỉ dựa vào việc NH cho là không biết và tài sản đã được đăng ký quyền sở hữu nên nhận thế chấp là ngay tình, trường hợp này chỉ đánh giá biết hay không biết. NH chỉ được xem là ngay tình khi đã áp dụng các nghiệp

<sup>242</sup> Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03 tháng 4 năm 2019 của TAND tối cao V/v thông báo giải đáp kết quả trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tổ tụng hành chính.

vụ cần thiết để xác minh tình trạng pháp lý của tài sản nhưng vẫn không có thông tin về việc mình không có quyền chiếm hữu tài sản thì lúc đó mới xem là ngay tình. Điều này không được hướng dẫn rõ trong Công văn số 64/TANDTC-PC và ND 21/2021/ND-CP, tuy nhiên, công văn số 02/TANDTC-PC có hướng dẫn liên quan đến vấn đề này, cụ thể nếu có cơ sở cho thấy NH không thẩm định, xác minh nên không hiểu rõ tình trạng pháp lý của QTS (dẫn đến hệ quả không thỏa mãn kiện QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm sau này) mà lẽ ra phải biết nếu thẩm định, xác minh. Trong trường hợp này, bên nhận thế chấp tài sản (NH) không phải là người thứ ba ngay tình theo quy định tại khoản 2 Điều 133 của Bộ luật Dân sự năm 2015 và mục 1 Phần II của Công văn số 64/TANDTC-PC, do vậy, hợp đồng thế chấp tài sản cũng vô hiệu<sup>243</sup>. Hướng giải thích của TAND tối cao thể hiện sự hợp lý bởi có tính đến đặc trưng của hoạt động cho vay của NH khi xem xét NH ngay tình hay không ngay tình.

### ***Về bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản thuộc sở hữu chung***

Pháp luật hiện hành thừa nhận nhiều hình thức sở hữu, gồm sở hữu riêng của cá nhân, pháp nhân, hoặc sở hữu chung như sở hữu chung của hộ gia đình, sở hữu chung của vợ chồng và các dạng sở hữu chung khác. QSDĐ khá đặc biệt về chủ thể sở hữu và phổ biến với các hình thức sở hữu chung: sở hữu chung của các thành viên hộ gia đình, sở hữu chung của vợ chồng, sở hữu chung khác. Bên bảo đảm phải là chủ sở hữu của QSDĐ thì QSDĐ mới có thể là TSBĐ. Yêu cầu về quyền sở hữu được xác định đồng thời tương ứng với các hình thức sở hữu. Vì vậy, bên nhận bảo đảm phải có được sự đồng ý của tất cả các đồng sở hữu của QSDĐ trong trường hợp QSDĐ được sở hữu bởi nhiều chủ thể. Đối với QSDĐ, việc tồn tại hình thức đồng chủ sở hữu khá phổ biến dưới dạng sở hữu hộ gia đình, sở hữu chung của vợ chồng. Nếu không có sự tham gia của tất cả các thành viên, hợp đồng bảo đảm có thể bị Tòa án tuyên vô hiệu.

Để xác định bên thế chấp là chủ sở hữu của QSDĐ được thế chấp, NHTM dựa vào giấy chứng nhận QSDĐ được cấp bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Tuy vậy, đôi khi trên giấy chứng nhận QSDĐ không thể hiện tường minh tất cả các chủ sở hữu, điều này đòi hỏi NH phải tìm hiểu các thông tin liên quan. Đối với chủ sở hữu là hộ gia đình, cần xác định được các thành viên của hộ, đối với QSDĐ, giấy chứng nhận quyền sử dụng chỉ gia tên một bên vợ chồng vẫn có khả năng là tài sản chung của vợ chồng (Điều 26 Luật Hôn nhân và gia đình 2014, Điều 12 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP).

Theo quy định của BLDS 2005, BLDS 2015, QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Vì vậy, về nguyên tắc, việc định đoạt QTS thuộc sở hữu chung phải được sự đồng ý của các đồng chủ sở hữu, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác. Thực tiễn, khi QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, nhiều trường hợp thiếu sự tham

<sup>243</sup> Xem thêm Công văn số 02/TANDTC-PC ngày 02 tháng 8 năm 2021 của TAND tối cao V/v giải đáp một số vướng mắc trong xét xử.

gia đầy đủ của thành viên trong hộ, dẫn đến hợp đồng bảo đảm vô hiệu, khoản nợ có bảo đảm trở thành trở thành không có bảo đảm, NH cho vay gặp rủi ro.

### ***Trường hợp bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS thuộc sở hữu chung của hộ gia đình***

Trước đây, BLDS 1995 (Điều 116) và BLDS 2005 đều có định nghĩa về “hộ gia đình”. Tại Điều 106 BLDS 2005, “*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*”. Tuy nhiên, BLDS 2015 không kế thừa định nghĩa này, điều này xuất phát từ việc hộ gia đình không còn được xem là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự. Tuy vậy, “hộ gia đình” vẫn là chủ thể của quan hệ pháp luật đất đai, do đó, theo quy định của BLDS 2015<sup>244</sup>, Luật Đất đai năm 2013<sup>245</sup> và Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014<sup>246</sup>, thì việc xác định thành viên trong “hộ gia đình” có sử dụng đất gồm 02 yếu tố: (1) Những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình; (2) Những thành viên đang sống chung và có QSDĐ chung tại thời điểm được nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ, nhận chuyển QSDĐ (tức là thời điểm được cấp giấy chứng nhận QSDĐ). Tuy nhiên, thực tế khi giải quyết tranh chấp hợp đồng tín dụng có liên quan hộ gia đình thì việc xác định tư cách thành viên của hộ gia đình vẫn còn nhiều khó khăn. Ví dụ, Quyết định giám đốc thẩm số 09/2020/DS-GĐT ngày 13/02/2020, Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao, Tòa giám đốc thẩm đã nhận định: “*Ông H được cấp diện tích 105m<sup>2</sup> đất; theo Sổ hộ khẩu của gia đình ông H thì hộ gia đình ông H gồm 04 thành viên là ông H, bà N và hai con của ông H, bà N là anh Trần Vĩnh P (sinh tháng 9 năm 1989) và anh Trần Vĩnh T (sinh tháng 8 năm 1991). Theo Biên bản xác minh ngày 19/3/2019 của TAND huyện CX, tỉnh HT thì tại thời điểm cấp Giấy chứng nhận QSDĐ năm 2001, hộ ông H gồm 04 thành viên như trên*”. Tòa án đã căn cứ sổ hộ khẩu, nhưng sổ hộ khẩu là tài liệu phục vụ cho mục đích quản lý hành chính về nhân khẩu thường trú, không phải căn cứ pháp lý để xác định quyền và nghĩa vụ chung của các thành viên, vì không phải tất cả những thành viên có tên trong sổ hộ

<sup>244</sup> Tài sản chung của hộ gia đình được pháp luật quy định cụ thể tại Điều 212 BLDS năm 2015, “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.”

<sup>245</sup> Tại khoản 29 Điều 3 và Điều 179 LĐĐ năm 2013 đã ghi nhận: *Hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có QSDĐ chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ*”

<sup>246</sup> Theo khoản 16 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình “*Thành viên gia đình bao gồm vợ, chồng; cha mẹ đẻ, cha mẹ nuôi, cha dượng, mẹ kế, cha mẹ vợ, cha mẹ chồng; con đẻ, con nuôi, con riêng của vợ hoặc chồng, con dâu, con rể; anh, chị, em cùng cha mẹ, anh, chị, em cùng cha khác mẹ, anh, chị, em cùng mẹ khác cha, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; ông bà nội, ông bà ngoại; cháu nội, cháu ngoại; cô, dì, chú, cậu, bác ruột và cháu ruột.*”

khẩu đều là sở hữu chung đối với tài sản đó<sup>247</sup>. Hơn nữa, thời điểm cấp giấy chứng nhận QSDĐ là khác nhau, nên hộ khẩu có thể cũng thay đổi. Do đó, trong thực tiễn xét xử, để xác định chính xác thành viên hộ gia đình có QSDĐ, Tòa án phải hỏi Ủy ban nhân dân đã cấp giấy chứng nhận QSDĐ hoặc cơ quan Công an nơi cấp Sổ hộ khẩu để xác định thành viên của hộ gia đình ở thời điểm cấp giấy chứng nhận QSDĐ là gồm những ai. Việc phải yêu cầu Ủy ban nhân dân xác nhận các thành viên của hộ gia đình khi xử lý tài sản thế chấp là QSDĐ của hộ gia đình cho thấy quy định về xác định thành viên là chủ sở hữu chung của QSDĐ còn bất cập. Việc khó khăn trong việc xác định thành viên của hộ, cũng như thiếu cơ sở pháp lý rõ ràng, cụ thể đã làm cho các hợp đồng thế chấp dù đã được công chứng và đăng ký giao dịch bảo đảm đúng quy định của pháp luật vẫn bị vô hiệu. Điều này ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi NH, đến rủi ro tín dụng, vì đã biến một khoản vay có bảo đảm (có thể là một phần khoản vay) thành không có bảo đảm. Hơn nữa, nếu tất cả các vụ việc đều nhờ Ủy ban xác nhận lại thành viên của hộ thì tốn công sức, chi phí. Do vậy, thời gian tới cần có giải pháp phù hợp có thể dễ dàng xác nhận thành viên của hộ gia đình là chủ sở hữu chung QSDĐ.

*Về hiệu lực của hợp đồng thế chấp QSDĐ của hộ gia đình không được sự đồng ý của tất cả thành viên trong hộ.* Theo quy định, điều kiện về chủ thể là một trong các điều kiện có hiệu lực của giao dịch (Điều 117 BLDS 2015). Đối với trường hợp chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự, hộ gia đình không là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự và theo theo Điều 101 BLDS 2015 “*Trường hợp hộ gia đình tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình 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*”. Trước đây BLDS 2005 xem hộ gia đình là chủ thể và chủ hộ có thể đại diện tham gia xác lập giao dịch, tuy nhiên cũng có giới hạn quyền của chủ hộ đối với tài sản có giá trị lớn: “*Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý*”. Vấn đề đặt ra khi vi phạm yếu tố chủ thể, hiệu lực của hợp đồng thế chấp là vô hiệu toàn bộ hay một phần. Thực tiễn xét xử cho thấy có sự khác nhau giữa các Tòa án về vấn đề này. Ví dụ, Quyết định giám đốc thẩm số 10/2022/KDTM-GĐ ngày 25 tháng 4 năm 2022 của Tòa án cấp cao thành phố Hồ Chí Minh<sup>248</sup> đã xác định “*Trường hợp này, do các thành viên trong gia đình không có thỏa thuận về QSDĐ, nên cần xác định QSDĐ của các thành viên trong hộ theo phần và áp dụng quy định về sở hữu chung theo phần để giải quyết. Theo đó, phần QSDĐ của ông Q đã thế chấp đúng quy định nên ông Q phải chịu trách nhiệm của mình đối với phần giao dịch có hiệu lực. Do đó, Hợp đồng*

<sup>247</sup> Điều 26 Luật Cư trú quy định: “Những người ở chung một chỗ ở hợp pháp và có quan hệ gia đình là ông, bà, cha, mẹ, vợ, chồng, con và anh, chị, em ruột, cháu ruột thì có thể được cấp chung một sổ hộ khẩu”. Ngoài ra, những người khác không có quan hệ gia đình như ở thuê, ở nhờ vẫn có thể nhập vào hộ khẩu theo Điều 19, Điều 20 Luật Cư trú 2006.

<sup>248</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 12.

thế chấp bất động sản đối với thửa đất số 209 có hiệu lực đối với phần thế chấp của ông Q và vô hiệu phần còn lại đối với QSDĐ của các thành viên khác theo quy định tại Điều 135 Bộ luật dân sự năm 2005”. Tuy nhiên, khác với vụ việc trên, theo Quyết định giám đốc thẩm số 03/2020/KDTM-GĐT ngày 26 tháng 02 năm 2020 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao giữa nguyên đơn NH Thương mại cổ phần Việt Nam Thịnh Vượng và bị đơn là công ty cổ phần xây dựng và thương mại ZT<sup>249</sup>. Đối với vụ án này, cả Tòa sơ thẩm và Giám đốc thẩm đều xác định hợp đồng thế chấp QSDĐ của hộ gia đình vô hiệu (do chữ ký của một thành viên trong hộ là giả) mà không xác định là vô hiệu một phần. Hoặc trong một vụ việc khác, tại Quyết định giám đốc thẩm số 09/2018/KDTM ngày 18/8/2018 của hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao<sup>250</sup> cho thấy, cả bản án sơ thẩm và phúc thẩm đều xác định hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của hộ là vô hiệu toàn bộ do không có đủ thành viên hộ tham gia xác lập hợp đồng thế chấp.

Thực tiễn xét xử còn cho một kết quả khác, có một số trường hợp Tòa án xem xét yếu tố người thứ ba ngay tình và cho xử lý TSBD để thu hồi nợ. Ví dụ, hộ gia đình ở Đông Anh, gia đình có 7 người trong đó có 2 người con đi làm ăn xa. Chủ hộ gia đình là người bỏ làm đơn đến Công an xã xin xác nhận hộ gia đình chỉ có 5 người gồm bố mẹ và 3 người con, sau đó người bỏ dùng tài sản là nhà đất của hộ gia đình mang đi thế chấp để vay tiền NH. Khi NH khởi kiện đòi tiền vay và đề nghị Tòa án cho xử lý tài sản của hộ gia đình để thu hồi nợ khi đó 2 người con mới xuất hiện đề nghị Tòa án tuyên bố hợp đồng thế chấp tài sản nhà đất của hộ gia đình là vô hiệu do thiếu thành viên hộ gia đình ký. Trong trường hợp này, TAND thành phố Hà Nội khi xét xử phúc thẩm vào năm 2015, đã cho xử lý tài sản thế chấp vì trường hợp này 5 thành viên của hộ gia đình đã gian dối chính quyền địa phương, công chứng viên và NH để được vay tiền. Nên 5 thành viên này phải chịu trách nhiệm với 2 thành viên còn lại và giành quyền khởi kiện cho họ trong vụ án khác<sup>251</sup>. Đây cũng là một giải pháp hợp lý, bảo vệ quyền lợi chính đáng của NH, bởi NH ngay tình và thực hiện đầy đủ các thủ tục về hình thức của giao dịch. Tuy vậy, những trường hợp như thế này cần được hướng dẫn cụ thể để các Tòa án có xét xử thống nhất.

Từ thực tiễn trên, cần có quy định điều chỉnh cụ thể về hiệu lực của những giao dịch có sự tham gia của hộ gia đình. Việc quy định này là cần thiết để tránh trường hợp phát sinh tranh chấp đối với những giao dịch do hộ gia đình thực hiện, tránh được những rắc rối và hệ lụy kéo theo việc tuyên vô hiệu tại Tòa án làm ảnh hưởng đến

<sup>249</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 11.

<sup>250</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 13.

<sup>251</sup> Xem bài viết của Hoàng Ngọc Thành (2019), “Thực tiễn giải quyết tranh chấp tín dụng và các tranh chấp dân sự khác trong lĩnh vực ngân hàng tại TAND thành phố Hà Nội”, *Kỷ yếu Tòa đàm về “Hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm”* do Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm – Bộ Tư pháp phối hợp với Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (Dự án JICA) tổ chức Tòa đàm vào ngày 02/7/2019 tại Thành phố Hà Nội.

quyền, lợi ích của các bên trong quan hệ thế chấp. Trong trường hợp này thường ảnh hưởng đến quyền lợi NH, dẫn đến rủi ro tín dụng.

### ***Trường hợp bảo đảm nghĩa vụ bằng QSDĐ thuộc sở hữu chung của vợ chồng***

QSDĐ đất thuộc sở hữu chung của vợ chồng, theo quy định về quyền định đoạt tài sản chung phải có sự đồng ý của cả hai vợ chồng (trước đây quy định tại Luật Hôn nhân và gia đình 2000, nay là Luật Hôn nhân và gia đình 2014) và để đảm bảo nguyên tắc tài sản thế chấp phải thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp, việc thế chấp phải được sự đồng ý của cả hai vợ chồng. Tuy nhiên, trong thực tiễn, một bên vợ chồng đã sử dụng tài sản chung để thế chấp. Như vậy, theo quy định về điều kiện có hiệu lực của giao dịch, hợp đồng thế chấp sẽ vô hiệu (Điều 35 Luật Hôn nhân và gia đình, Điều 117, Điều 123 BLDS 2015). Vấn đề đặt ra là hợp đồng vô hiệu một phần hay vô hiệu toàn bộ.

Ví dụ, Quyết định giám đốc thẩm số 10/2013/KDTM-GĐT ngày 25/4/2013, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao<sup>252</sup>. Ông T đem tài sản chung của vợ chồng ông T, bà N thế chấp tại Ngân hàng để bảo lãnh (theo từ ngữ trong hợp đồng thế chấp) cho khoản vay của Xí nghiệp xây dựng B nhưng bà N không biết việc thế chấp này. Tòa phúc thẩm xác định tài sản mà ông T đem thế chấp là tài sản chung của ông T, bà N và tuyên bố hợp đồng thế chấp C “vô hiệu phần liên quan đến bà N, phần còn lại vẫn có hiệu lực”. Sau đó, Tòa Giám đốc thẩm đã xác định “*Nếu HĐTC chỉ có mình ông T ký, bà N không ký và không biết việc ông T thế chấp cho Xí nghiệp xây dựng B vay tiền Ngân hàng và sau đó bà N không đồng ý thì hợp đồng bị vô hiệu toàn bộ chứ không phải bị vô hiệu một phần như Tòa án cấp phúc thẩm đã nhận định. Việc xác định hợp đồng vô hiệu một phần là chưa có căn cứ vững chắc*”.

**Bình luận:** Theo quy định của pháp luật dân sự và pháp luật Hôn nhân và gia đình, tài sản chung của vợ chồng là tài sản chung hợp nhất không phải là tài sản chung theo phần nên không thể xác định cụ thể phần tài sản của mỗi người đối với tài sản. Mặc dù pháp luật xác định tài sản chung của vợ chồng là tài sản có thể phân chia, tuy nhiên các căn cứ để phân chia tài sản chung của vợ chồng thì trong trường hợp các bên không thỏa thuận được, bên cạnh áp dụng nguyên tắc chia đôi, Tòa án phải dựa vào các căn cứ công sức đóng góp, đảm bảo yếu tố kinh doanh,... và nhiều căn cứ khác. Tài sản chỉ được chia đôi khi một bên chết. Do đó, mặc dù tài sản chung của vợ chồng là tài sản có thể phân chia nhưng sự phân chia này phụ thuộc vào nhiều yếu tố, việc tuyên hợp đồng thế chấp do một bên vợ, chồng thực hiện vô hiệu một phần sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của bên kia. Đó là chưa kể đến những trường hợp tài sản là vật

<sup>252</sup> Vụ việc xảy ra vào thời điểm BLDS 2005 và Luật Hôn nhân và gia đình 2000 đang có hiệu lực. Tuy nhiên tính chất sở hữu chung hợp nhất của vợ chồng, tính bắt buộc có sự đồng ý của vợ chồng khi giao dịch bằng QSDĐ, tính bắt buộc đăng ký giao dịch bảo đảm bằng QSDĐ vẫn duy trì trong quy định hiện hành.



không thể phân chia thì sự ảnh hưởng càng nghiêm trọng. Ví dụ, QSDĐ gắn liền với nhà ở.

NH cần thận trọng hơn trong việc xác minh chủ sở hữu khi nhận QSDĐ làm TSBĐ. Mặc dù, pháp luật đã quy định tài sản chung của vợ chồng thì trong giấy chứng nhận quyền sở hữu phải ghi tên của cả 2 vợ chồng trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác<sup>253</sup> (Điều 34 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014), nhưng pháp luật vẫn còn thừa nhận các giấy chứng nhận QSDĐ mang tên một bên vợ chồng vẫn còn tồn tại. Bên cạnh đó, trong nguyên tắc giải quyết đến tranh chấp liên quan đến tài sản chung của vợ chồng, trong trường hợp không chứng minh được tài sản tranh chấp là tài sản riêng thì Tòa án sẽ xác định đó là tài sản chung của vợ chồng (khoản 3 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình 2014). Do vậy, trước mắt, khi nhận thế chấp, NH cần thận trọng hơn trong việc xác định QSDĐ là tài sản chung của vợ chồng hay tài sản riêng của một bên đối với QSDĐ mà trong giấy chứng nhận chỉ ghi tên một bên vợ, chồng.

### ***Về bảo đảm nghĩa vụ bằng QSDĐ của người thứ ba***

Mặc dù việc bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản của người thứ ba không phải là đặc trưng riêng đối với QTS, tuy nhiên, thực tiễn bất cập đã xảy ra phổ biến đối với QSDĐ.

Trước đây, theo khoản 1 Điều 4 NĐ 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ về giao dịch bảo đảm, TSBĐ có thể “*thuộc quyền sở hữu của bên thứ ba*” và “*người này cam kết dùng tài sản đó để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên có quyền*”. Quy định về TSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và đã dẫn đến trong thực tiễn có nhiều cách hiểu khác nhau<sup>254</sup>. Do vậy, liên quan đến cách hiểu về tài sản thuộc sở hữu của người thứ ba, khoản 1 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của NĐ 163/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm có giải thích “*Bên bảo đảm là bên dùng tài sản thuộc sở hữu của mình [...] để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự của chính mình hoặc của người khác*”. Quy định này cho chúng

<sup>253</sup> Về QSDĐ, Luật Đất đai 2013 có quy định “trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người” và trường hợp “cấp đổi sang Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất để ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng nếu có yêu cầu”.

<sup>254</sup> Cách hiểu thứ nhất cho rằng bên có nghĩa vụ dùng tài sản của người khác để bảo đảm nghĩa vụ cho mình, chẳng hạn như thuê, mượn hoặc cam kết của người khác đồng ý cho bên thế chấp dùng tài sản của họ để bảo đảm nghĩa vụ, điều này trái với nguyên tắc tài sản thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Có lẽ từ cách hiểu này, trong thực tiễn đã từng khiến cho nhiều người do sự thiếu hiểu biết về bản chất của một tài sản khi nó được đem đi bảo đảm nghĩa vụ có thể sẽ bị xử lý để trả nợ, do đó vì nhiều lý do khác nhau, họ dễ dàng cho người khác mượn tài sản để đảm bảo nghĩa vụ, và “ngây thơ” nghĩ rằng sẽ đương nhiên được trả lại sau đó. Đến khi TSBĐ bị xử lý họ mới nhận ra mức độ nghiêm trọng của việc cho mượn tài sản để bảo đảm nghĩa vụ. Cách hiểu thứ hai, bên thứ ba có tài sản ủy quyền cho bên có nghĩa vụ sử dụng tài sản của họ để bảo đảm nghĩa vụ. Trường hợp bên thứ hai là chủ sở hữu ủy quyền cho người khác (bên có nghĩa vụ) sử dụng tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ cho người có nghĩa vụ thì không làm thay đổi bản chất của quy định trên, bởi lẽ người được ủy quyền chỉ là người nhân danh chủ sở hữu tài sản để dùng tài sản của chủ sở hữu để bảo đảm nghĩa vụ. Theo đó, chủ sở hữu tài sản vẫn là bên bảo đảm, còn người được đại diện theo ủy quyền chính là người nhân danh chủ sở hữu TSBĐ, ký vào hợp đồng bảo đảm.

ta cách hiểu thống nhất là trong bảo đảm nghĩa vụ, bên bảo đảm phải luôn là chủ sở hữu của TSBĐ, có thể đồng thời là bên có nghĩa vụ hoặc không.

Tuy nhiên, trong trường hợp bên bảo đảm không đồng thời là bên có nghĩa vụ lại phát sinh nhiều bất cập trong thực tiễn. Mấu chốt của vấn đề có lẽ bắt nguồn từ những quy định không nhất quán liên quan đến biện pháp bảo lãnh là một dạng bảo đảm nghĩa vụ của người thứ ba, theo đó ghi nhận bảo lãnh bằng một tài sản cụ thể trong khi bảo lãnh vốn là biện pháp đối nhân. Điều này đã dẫn đến sự nhập nhằng với biện pháp bảo đảm là bên thứ ba thế chấp, cầm cố để bảo đảm nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ. Thực tiễn đã từng có bất cập liên quan đến một loại QTS khá phổ biến là QSDĐ. Trước đây, trong bối cảnh BLDS 2005, cộng với sự thừa nhận QSDĐ có thể được sử dụng để bảo lãnh (Luật Đất đai năm 2003) đã làm cho hai khái niệm bảo lãnh và thế chấp bị lẫn lộn, và có lẽ cũng chính vì lý do đó, Tòa án tối cao đã từng giải quyết vụ việc một người sử dụng tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác là bảo lãnh. Điều này thể hiện rất rõ khi lập luận về hậu quả pháp lý của vụ việc, theo đó, *“nếu bên vay không trả được nợ thì bên đã bảo đảm bằng tài sản (thế chấp) phải trả thay, nếu bên đã bảo đảm bằng tài sản cũng không trả được, chủ nợ có quyền yêu cầu bán đấu giá tài sản”* (xem Quyết định giám đốc thẩm số 02/2013/KDTM-GĐT ngày 8 tháng năm 2013 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao)<sup>255</sup>. Nhận thấy, khi đưa ra hướng giải quyết này, Tòa án tối cao có vẻ đã không khai thác theo hướng thế chấp độc lập, theo đó trong BLDS 2005 đã quy định rằng thế chấp tài sản là việc một bên *“dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia ...”*, quy định này không buộc bên bảo đảm phải là bên có nghĩa vụ<sup>256</sup>. Nói cách khác, không có quy định bắt buộc bên thế chấp phải là bên có nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp. Do đó, về logic, việc thế chấp bằng tài sản của người thứ ba là không vi phạm các quy định của pháp luật. Có vẻ như trong cách nghĩ của Tòa án khi đưa ra quyết định trên, thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ cho người thứ ba chỉ xảy ra và gắn liền với biện pháp bảo lãnh. Điều này có phần khiên cưỡng, bởi không có cơ sở nào không thừa nhận việc một người dùng tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác (không đồng thời bảo lãnh). Nói cách khác, trong vụ việc trên, Tòa án vẫn có thể áp dụng quy định về thế chấp để giải quyết, khi đó bảo đảm được sự thống nhất giữa nội dung và hình thức của biện pháp bảo đảm<sup>257</sup>.

<sup>255</sup> Xem thêm Đỗ Văn Đại (2014), *Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm nghĩa vụ dân sự, bản án và bình luận bản án*, NXB Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr.670-672, 679.

<sup>256</sup> Đây là một điểm mới so với BLDS 1995, BLDS 1995 quy định thế chấp tài sản là việc bên có nghĩa vụ dùng tài sản là bất động sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đối với bên có quyền.

<sup>257</sup> Cũng cần nói thêm rằng, khi xác định vụ việc là bảo lãnh hay thế chấp trong trường hợp này sẽ dẫn đến hậu quả pháp lý rất khác nhau. Cụ thể:

(1) Nếu xem là trường hợp thế chấp, bên nhận thế chấp không có quyền yêu cầu bên thứ ba thực hiện nghĩa vụ trả nợ (trừ trường hợp bên thế chấp tự nguyện), nhưng nếu xác định là bảo lãnh, bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu bên thứ ba thực hiện nghĩa vụ trả nợ;

Khi giải quyết các vụ việc liên quan đến bảo lãnh hay thế chấp từ bên thứ ba đối với những giao dịch đã được xác lập trước thời điểm Luật Đất đai năm 2013 và BLDS 2015 có hiệu lực, Tòa án tối cao đã giải quyết theo hướng xác định đó là biện pháp bảo lãnh bằng tài sản. Tòa án tối cao cũng không tuyên vô hiệu đối với những hợp đồng bảo đảm có sự thiếu nhất quán liên quan đến thế chấp và bảo lãnh trên cơ sở tôn trọng sự thỏa thuận tự nguyện của các bên, cân nhắc quyền lợi của các bên<sup>258</sup>. Tác giả cũng đồng tình cách giải quyết của Tòa án tối cao trong bối cảnh trước đây, khi mà quy định về bảo lãnh và thế chấp có sự nhập nhằng, không rõ ràng.

Tuy nhiên, hiện nay chúng ta cần xem xét lại về việc có quy định cụ thể để đảm bảo áp dụng pháp luật rõ ràng, với cơ sở pháp lý chắc chắn, không khiên cưỡng. Trường hợp một bên dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác một cách trực tiếp, độc lập (không đồng thời là người bảo lãnh) thì nên tôn trọng quyết định của họ, khi đó họ chỉ chịu trách nhiệm đối với bên nhận bảo đảm trong phạm vi TSBĐ. Đồng thời, pháp luật cần bổ sung quy định ghi nhận bên thế chấp, cầm cố có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ hoàn trả lại số tiền tương ứng giá trị tài sản đã bị xử lý để thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ. Quy định này nhằm đảm bảo quyền lợi chính đáng của bên thế chấp, cầm cố. Hiện nay, Nghị định 163/2006/NĐ-CP và hướng dẫn về giao dịch bảo đảm đã hết hiệu lực, NĐ 21/2021/NĐ-CP thay thế vẫn chưa hướng dẫn chi tiết về vấn đề này.

Luật Đất đai năm 2013 ra đời đã bỏ quy định bảo lãnh bằng QSDĐ trong Luật đất đai năm 2003, cùng với đó là sự ra đời của BLDS 2015 về việc thừa nhận “*bên bảo lãnh có thể sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh*”. Hiện vẫn còn những quan điểm khác nhau về quy định này và thực tiễn xét xử cũng chưa thực bảo đảm sự nhất quán. Theo tác giả Tưởng Duy Lượng “*bên bảo lãnh chính là bên bảo đảm thực hiện thay nghĩa vụ cho người khác (thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ-luật gọi là bên thứ ba)*” và “*Bên bảo lãnh nghĩa vụ có quyền bảo lãnh dưới rất nhiều dạng thức khác nhau, nó hoàn toàn tùy thuộc ý chí, sự tự nguyện thỏa thuận lựa chọn của hai bên, giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh*” với hàm ý rằng bảo lãnh bằng tài sản. Tác giả ủng hộ quan điểm biện pháp bảo lãnh bằng tài sản,

---

(2) Bên nhận thế chấp có thể xử lý tài sản thế chấp theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật khi bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ; đối với việc bảo lãnh thì việc xử lý TSBĐ sẽ được tiến hành sau khi bên bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh;

(3) Trong trường hợp giá trị tài sản thế chấp bị xử lý thấp hơn nghĩa vụ nợ, bên thứ ba cũng không có nghĩa vụ gì đối với phần nợ còn lại, trong trường hợp bảo lãnh thì bên thứ ba về mặt lý luận vẫn có nghĩa vụ trả phần nợ còn lại cho bên nhận bảo lãnh (trừ trường hợp đã giới hạn phạm vi bảo lãnh là giá trị TSBĐ).

(4) Trong trường hợp bảo lãnh, có cơ sở pháp lý rõ ràng để xác định bên bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thanh toán lại số tiền bên bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ thay. Tuy nhiên, đối với trường hợp thế chấp, hiện nay chưa có cơ sở pháp lý cụ thể để Tòa án có thể buộc bên có nghĩa vụ thanh toán lại cho bên thế chấp (bên thứ ba) phần TSBĐ đã bị xử lý để thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ.

<sup>258</sup>Xem thêm Đỗ Văn Đại (2016), *Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Việt Nam, bản án và bình luận bản án, tập 2*, NXB Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 708-721.

theo đó trách nhiệm của bên bảo lãnh trong phạm vi tối đa bằng giá trị của TSBĐ<sup>259</sup>. Vì vậy, tác giả cũng đã không đồng tình với cách tuyên án trong Bản án phúc thẩm số 18/2017/KDTM-PT ngày 25 tháng 4 năm 2017 của TAND cấp cao tại Đà Nẵng<sup>260</sup>, khi Tòa án xác định trách nhiệm trả nợ liên đới của bên thứ ba<sup>261</sup>.

Tôi tôn trọng quan điểm trên và đó cũng có thể là một hướng để lựa chọn trong xây dựng pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ. Tuy nhiên, tôi cho rằng quy định hiện hành vẫn có những điểm hợp lý hơn; bởi lẽ:

(i) Một là, tạo nên sự rạch ròi giữa biện pháp đối vật và đối nhân, hạn chế sự nhầm lẫn, khắc phục nhập nhằng trong thời gian qua.

(ii) Hai là, thực tiễn trước đây đã từng quen với việc bảo lãnh là biện pháp đối nhân, vấn đề phức tạp lẫn lộn xảy ra khi ghi nhận bảo lãnh bằng tài sản (Luật Đất đai năm 2003, ND 163/2006/NĐ-CP,...).

(iii) Ba là, QTS được dùng để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh. Trên thực tế, các NH cũng thường quan tâm trường hợp này, để tăng tính chắc chắn cho biện pháp bảo lãnh, tăng tính dự phòng rủi ro tín dụng, NH bổ sung biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh của bên bảo lãnh. Khi đó, nếu chỉ nhìn dưới góc độ bảo lãnh bằng tài sản thì sẽ dẫn đến Tòa án phủ nhận yếu tố bảo lãnh ngoài phạm vi TSBĐ, như vậy sẽ không thỏa đáng và không phù hợp ý chí của các bên khi xác lập hợp đồng bảo đảm. Do vậy, tách bạch giữa bảo lãnh và bảo đảm bằng tài sản có tính hợp lý hơn.

Thực tiễn cho thấy, sau Luật Đất đai năm 2003 và trước khi Luật đất đai năm 2013 ra đời, khi NH cấp tín dụng, trong đó có việc dùng QSDĐ của bên thứ ba để bảo đảm nghĩa vụ, về hình thức các hợp đồng bảo đảm thường ghi: hợp đồng thế chấp; hợp đồng thế chấp, bảo lãnh; hợp đồng bảo lãnh bằng tài sản của người thứ ba. Trong các hợp đồng này, nếu không có thỏa thuận giới hạn khác về phạm vi bảo đảm, có thể ra hai tình huống: (i) bên thế chấp dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ trong phạm vi tối đa là giá trị QSDĐ, (ii) bên bảo đảm vừa cam kết bảo lãnh cho nghĩa vụ của bên vay (đơn thuần đối nhân), vừa dùng tài sản để bảo đảm cho khoản vay đó (hoặc có thể hiểu cách khác bảo đảm cho nghĩa vụ bảo lãnh). Như vậy, việc tên gọi các hợp đồng thế chấp

<sup>259</sup> Xem bài viết của tác giả Trương Duy Lượng, “Thực tiễn giải quyết tranh chấp về giao dịch bảo đảm và kiến nghị các vấn đề cần sửa đổi, bổ sung Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29-12-2006 về giao dịch bảo đảm”, *Kỷ yếu Tọa đàm về “Hoàn thiện pháp luật về giao dịch bảo đảm”* do Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm – Bộ Tư pháp phối hợp với Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (Dự án JICA) tổ chức Tọa đàm vào ngày 02/7/2019 tại Thành phố Hà Nội.

<sup>260</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 10.

<sup>261</sup> Tác giả Trương Duy Lượng đã lập luận: “Cứ tạm giả thiết phạm vi bảo đảm không phải là 73.160.000.000 đồng mà nhiều hơn thế thì bên nhận bảo đảm cũng chỉ được xử lý trong phạm vi toàn bộ giá trị của TSBĐ. Do đó, Hội đồng xét xử cấp sơ thẩm, cấp phúc thẩm lại buộc bên bảo đảm “có nghĩa vụ liên đới trả số nợ còn thiếu của Công ty rượu VP trong trường hợp đã xử lý xong tài sản thế chấp mà không đủ trả nợ cho nguyên đơn” là phạm sai lầm nghiêm trọng.”

này có thể giống nhau, và đôi khi có gì đó “hơi sai sai” đối với nội dung của hợp đồng, nhưng hậu quả pháp lý khác nhau, và ngược lại. Căn cứ quan trọng trong trường hợp này là nội dung thỏa thuận của các bên trong hợp đồng, ý chí của các bên trong hợp đồng bảo đảm<sup>262</sup>. Như đã phân tích, thực tế, thời gian qua Tòa án đã không còn tuyên vô hiệu đối với những hợp đồng “không chính xác” về hình thức này, vấn đề còn lại là cần phải nhận thức rõ rằng sẽ có những hậu quả pháp lý khác nhau dù tên hợp đồng bảo đảm giống nhau, điều này phụ thuộc vào thỏa thuận giữa các bên trong quá trình xác lập hợp đồng bảo đảm<sup>263</sup>. Có thể thấy, đối với các hợp đồng bảo đảm bằng tài sản của người thứ ba trong thời gian qua dù với tên gọi thế chấp, hay bảo lãnh, thế chấp, nếu không thể hiện rõ phạm vi thì Tòa án sẽ định phạm vi bảo đảm trong giới hạn TSBĐ, điều này phù hợp với cách hiểu về bảo lãnh bằng tài sản của người thứ ba trước đây, và hậu quả pháp lý này cũng giống với trường hợp bên thứ ba dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác (bên có nghĩa vụ trong quan hệ tín dụng) theo quy định hiện nay.<sup>264</sup>

Tóm lại, với sự ra đời của BLDS 2015, tiếp tục định nghĩa bảo lãnh là biện pháp đối nhân và đồng thời khẳng định “*Các bên có thể thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.*” (khoản 3 Điều 336). Quy định này cũng đảm bảo sự nhất quán với luật liên quan như Luật Đất đai năm 2013 không còn ghi nhận quyền bảo lãnh bằng QSDĐ như trong Luật Đất đai năm 2003. Có thể thấy, các biện pháp bảo đảm có bên bảo đảm nghĩa vụ là người thứ ba có khuynh hướng thể hiện ngày càng rõ hơn. Trong đó, quy định hiện hành đã trả bảo lãnh về đúng bản chất của nó, là một biện pháp bảo đảm đối nhân, một biện pháp bảo đảm không bằng tài sản. Nhận thức rõ điều này giúp các NH trong quá trình xác lập giao dịch bảo đảm có thể soạn thảo hợp đồng bảo đảm phù hợp. Đồng thời các cơ quan công chứng, cơ quan tài phán có cơ sở rõ ràng hơn để xác định hiệu lực của các hợp đồng bảo đảm trong các trường hợp này<sup>265</sup>.

### 3.1.3.2 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ

Pháp luật bảo đảm nghĩa vụ xác định quyền tài sản đối với đối tượng quyền SHTT được là đối tượng được dùng bảo đảm nghĩa vụ (NĐ số 21/2021/NĐ-CP), và trên nguyên tắc chung về điều kiện của TSBĐ, các quyền này được dùng bảo đảm

<sup>262</sup> Cũng cần nói thêm rằng, để xác định ý chí của các bên, không chỉ dựa vào hợp đồng mà còn có thể dựa vào các văn bản, tài liệu khác liên quan.

<sup>263</sup> Cũng cần nói thêm rằng, để xác định ý chí của các bên, không chỉ dựa vào hợp đồng bảo đảm mà còn dựa vào các chứng cứ khác như văn bản, tài liệu khác liên quan.

<sup>264</sup> Xem Bản án số 215/2021/KDTM-PT ngày 8 tháng 3 năm 2021 của TAND thành phố Hồ Chí Minh, Bản án số 359/2020/KDTM-PT ngày 19 tháng 5 năm 2020 của TAND thành phố Hồ Chí Minh.

<sup>265</sup> Xem thêm Huỳnh Anh, (2019), “Một số vấn đề pháp lý về bên bảo đảm nghĩa vụ là người thứ ba trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại”, Tạp chí *Khoa học pháp lý Việt Nam*, (5), tr. 50-58.

nghĩa vụ phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm. Trước hết, QTS đối với đối tượng quyền SHTT là loại QTS do luật định. Do vậy, để có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, các quyền này cần được sự thừa nhận của pháp luật về sở hữu trí tuệ trên cơ sở đăng ký hoặc theo cách khác trong trường hợp cụ thể. Ví dụ, đối với quyền SHTT như sáng chế cần có giấy chứng nhận đăng ký sáng chế, đối với nhãn hiệu cần có giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu... Ngoài ra, trường hợp bên bảo đảm là bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT cần chứng minh quyền sở hữu đối với quyền sử dụng này, tức là phải có hợp đồng chuyển nhượng hợp pháp. Đây là “quyền của quyền sở hữu trí tuệ”, việc thừa nhận tường minh quyền này được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ (NĐ 21/2021/NĐ-CP), là một quyền năng được tách ra từ quyền SHTT. Điều này cho thấy pháp luật Việt Nam cũng đã có xu hướng cởi mở, nới lỏng hơn trong việc thừa nhận các QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ, giảm bớt sự ràng buộc quan niệm truyền thống về quyền sở hữu với đầy đủ các quyền năng chiếm hữu, sử dụng, định đoạt (Điều 158 BLDS 2015).

Một vấn đề khác đặt ra, trong xã hội công nghệ sẽ xuất hiện những QTS mới mà việc xác định ai là chủ sở hữu tài sản này cũng là đang là khoảng trống của pháp luật. Khi đó, sẽ chi phối đến việc xác định chủ sở hữu khi sử dụng QTS này để bảo đảm nghĩa vụ.

Ví dụ<sup>266</sup>: Công ty A phát triển một phần mềm hoặc hệ thống trí tuệ nhân tạo<sup>267</sup>, sau đó bán cho công ty B. Công ty B vận hành hệ thống trí tuệ nhân tạo đó dựa vào nguồn lực do công ty C cung cấp, ví dụ như các máy chủ trong môi trường điện toán đám mây. Công ty B còn được công ty D cung cấp dữ liệu sử dụng vào việc đào tạo, huấn luyện trí tuệ nhân tạo. Sau khi huấn luyện, trí tuệ nhân tạo tạo ra một sáng chế. Vấn đề đặt ra: (i) Ai là chủ sở hữu bằng độc quyền sáng chế nếu sáng chế đủ điều kiện cấp văn bằng bảo hộ theo luật định? (ii) Công ty B đang là chủ sở hữu vận hành hệ thống trí tuệ nhân tạo, giả sử công ty B đã sử dụng hệ thống trí tuệ nhân tạo và tất cả quyền lợi phát sinh từ hệ thống này làm tài sản để bảo đảm nghĩa vụ, sáng chế do hệ thống trí tuệ nhân tạo ra có được xem là TSBD không?

Dựa vào các quy định hiện hành về sáng chế, để được xem là tác giả hoặc đồng tác giả đối với sáng chế, một người phải đóng góp đáng kể vào quá trình tạo ra sáng chế. Trong tình huống trên có liên quan đến 4 công ty, các công ty nào được xem là đóng góp đáng kể để được xem chủ sở hữu của sáng chế vẫn cần phải nghiên cứu, xem xét. Vì vậy, cũng chưa thể có câu trả lời cho việc sáng chế đó có thuộc TSBD trong

<sup>266</sup> Jason, L. O. H. R., (2016), “Artificial intelligence drives new thinking on patent rights.” *Hogan Lovells, LimeGreen IP News, Yayınlanma tarihi, 15*. Xem thêm: Nguyễn Thị Quế Anh, Ngô Huy Cương và các tác giả khác (2018), *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề đặt ra đối với cải cách pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội.

<sup>267</sup> Trí tuệ nhân tạo được định nghĩa một ngành của khoa học máy tính, bao gồm các cơ sở lý thuyết và việc lập trình xây dựng các hệ thống máy tính có thể thực hiện các nhiệm vụ thường đòi hỏi trí thông minh của con người như nhận thức thị giác, nhận dạng giọng nói, ra quyết định và dịch các ngôn ngữ.

tình huống trên hay không? Mặc dù đây là tình huống giả định nhưng cho thấy một vấn đề đặt ra đối với việc cải cách pháp luật về tài sản, về SHTT nói chung trong thời gian tới, tạo nên tảng ban đầu cho các quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS đối với đối tượng quyền SHTT.

Một vụ việc thực tế liên quan đến việc xác định quyền sở hữu đối với lợi ích được cho là “tài sản trí tuệ được phát triển” trong vụ *McCallum, in the Matter of Re Holdco Pty Ltd (Administrators Appointed) (No 2) [2021] FCA 377*<sup>268</sup>. Theo đó, GrowthOps là công ty đã cung cấp phần mềm cho Sargon Capital, Sargon Services (các công ty con của Tập đoàn Sargon), khi việc bán các tài sản liên quan phần mềm này xảy ra, GrowthOps yêu cầu được hưởng một phần giá trị đối với khoản tiền thu được từ việc bán tài sản liên quan đến quyền SHTT này, tức tài sản trí tuệ được phát triển theo Công nghệ MSA và Tiếp thị MSA (Technology MSA and Marketing MSA). Lý do được GrowthOps đưa ra là một phần của những tài sản đó thuộc sở hữu của mình bởi vì GrowthOps đã phát triển phần mềm và các tài liệu khác là đối tượng của bản quyền và giữ lại quyền sở hữu bản quyền trong khi chờ thanh toán cho quá trình phát triển. Tài sản trí tuệ đã được nhận thế chấp bởi Taiping, theo chứng thư thế chấp, Taiping nắm giữ quyền lợi bảo đảm đối với tất cả tài sản hiện tại và sau khi mua lại của Sargon Capital, bao gồm cả phần SHTT. Tòa án Liên Bang Úc, bên cạnh sự hỗ trợ của các chuyên gia liên quan đến nghiệp vụ định giá, Tòa án đã kết hợp các quy định của pháp luật SHTT về định giá, các quy định về quyền SHTT, về SHTT doanh nghiệp, SHTT kinh doanh của Úc,... cuối cùng kết luận bác tuyên bố của GrowthOps về quyền sở hữu đối với “tài sản trí tuệ được phát triển”.

**Bình luận:** Phán quyết trên là kết quả của những lập luận và minh chứng khá đồ sộ, với nội dung rất dài, chi tiết. Ở khía cạnh khác liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ trong vụ việc này, nhìn nhận ở khía cạnh là chủ sở hữu của TSBĐ, nếu phán quyết của Tòa án xác định rằng GrowthOps có một phần trong tài sản thế chấp đó thì giao dịch bảo đảm có bị xem là vô hiệu một phần hay không? Đồng thời, nếu xác định GrowthOps là chủ sở hữu “tài sản trí tuệ đã phát triển” có khả năng ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nhận bảo đảm Taiping bởi giá trị của QTS được bảo đảm sẽ giảm sút nếu phần tài sản đó thuộc về GrowthOps. Tranh chấp tương tự như thế này hoàn toàn có thể xảy ra ở Việt Nam. Tuy nhiên Việt Nam còn thiếu những quy định cụ thể để giải quyết các vụ việc tương tự.

### 3.1.3.3 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền đòi nợ

Để được tham gia vào biện pháp bảo đảm, trước hết, căn cứ phát sinh quyền đòi nợ phải hợp pháp. Trường hợp quyền đòi nợ phát sinh trên cơ sở giao dịch thì giao

<sup>268</sup> Trang web Tòa án liên bang Úc, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0377> (truy cập ngày 16/10/2022)) (phụ lục, vụ việc số 9)

dịch phải thỏa mãn điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự (Điều 117 BLDS 2015 và các quy định liên quan). Nếu giao dịch làm phát sinh quyền đòi nợ hợp pháp sẽ tạo ra quyền đòi nợ hợp pháp và có thể trở thành đối tượng bảo đảm. Nếu giao dịch làm phát sinh quyền đòi nợ không hợp pháp thì quyền đòi nợ không hợp pháp và không thể trở thành đối tượng bảo đảm.

Theo nguyên tắc TSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, để trở thành đối tượng của biện pháp bảo đảm tiền vay tại NHTM, quyền đòi nợ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Tuy vậy, vẫn có ngoại lệ trong trường hợp quyền đòi nợ hình thành trong tương lai, khi đó các quyền đòi nợ chưa thực sự thuộc sở hữu của bên bảo đảm vì chưa hình thành nhưng chịu sự chi phối của bên bảo đảm, bên bảo đảm có quyền sử dụng, quản lý. Ví dụ, quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng thi công nhưng việc thi công sẽ được thực hiện trong tương lai, quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng cung cấp điện nước. Như vậy, quyền đòi nợ được dùng bảo đảm nghĩa vụ phải thuộc quyền sở hữu hoặc quyền quản lý sử dụng của bên bảo đảm.

### *3.1.3.1 Về tài sản được dùng bảo đảm là phần vốn góp, cổ phần*

Phần vốn góp, cổ phần được dùng bảo đảm nghĩa vụ tiền vay về nguyên tắc vẫn đảm bảo thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Tuy nhiên, với tính chất đặc biệt của loại QTS này trong việc kiểm soát, sử dụng, khai thác giá trị, pháp luật không bắt buộc các giao dịch nói chung, giao dịch bảo đảm nói riêng phải đáp ứng đầy đủ các yếu tố về sở hữu trong một số trường hợp. Cụ thể, đối với QTSBĐ là chứng khoán là tài sản chung của vợ chồng, pháp luật không yêu cầu chứng minh yếu tố sở hữu chung này khi xác lập giao dịch. Cụ thể, tại Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình 2014 về giao dịch với người thứ ba ngay tình liên quan đến tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán thì “*vợ, chồng là người đứng tên tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán được coi là người có quyền xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản đó*”. Như vậy, khi nhận tài khoản chứng khoán bảo đảm nghĩa vụ, NH không cần xác minh đây là tài sản chung của vợ chồng, giao dịch bảo đảm vẫn có hiệu lực. Tuy nhiên, NH cũng phải đảm bảo yếu tố ngay tình, tức khi xác lập biện pháp bảo đảm, NH không được cung cấp thông tin cụ thể, rõ ràng về tài khoản chứng khoán được bảo đảm là tài sản chung của vợ chồng.

### *3.1.2 Về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự*

Trước đây, BLDS 2005 không nêu cụ thể về điều kiện TSBĐ phải là tài sản được phép giao dịch, tuy vậy, tại Điều 4 Nghị định số 63/2006/NĐ-CP hướng dẫn thi hành BLDS 2005 về giao dịch bảo đảm đã quy định “*...Tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có, tài sản hình thành trong tương lai và được phép giao dịch*” Có thể thấy, theo Điều 4 NĐ 163/2006/NĐ-CP thì TSBĐ phải là tài sản “*được phép giao dịch*”. Mặc dù quy định này đã không được nhắc lại trong BLDS 2015 và NĐ 21/2021/NĐ-



CP về bảo đảm thực nghĩa vụ, điều này không có nghĩa TSBĐ không cần thỏa mãn yếu tố này mà đây là điều kiện chung đối với tài sản khi tham gia giao dịch nói chung và giao dịch bảo đảm cũng không ngoại lệ. Nói cách khác, QTS được sử dụng bảo đảm phải thỏa điều kiện được phép giao dịch, có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự.

Khi xác lập giao dịch bảo đảm, ngoài việc xác định QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, các bên phải kiểm tra khả năng có thể chuyển giao của QTSBĐ. Về mặt lý luận, có hai yếu tố cơ bản để khẳng định một QTS có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự, đó là, (i) QTS đó không gắn với yếu tố nhân thân (ví dụ, quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại về sức khỏe,...là quyền có yếu tố nhân thân), trừ trường hợp pháp luật có quy định khác (ví dụ quyền tác giả có yếu tố nhân thân vẫn được phép giao dịch), (ii) QTS đó không thuộc các trường hợp như pháp luật cấm giao dịch (không thuộc danh mục tài sản cấm lưu thông), hoặc có quyết định thu giữ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. BLDS 2015 đã không hướng dẫn xác định rõ vấn đề này, tuy nhiên, hiện nay trong văn bản hướng dẫn thi hành BLDS về bảo đảm nghĩa vụ đã xác định TSBĐ phải không thuộc trường hợp pháp luật “cấm mua bán, cấm chuyển nhượng hoặc cấm chuyển giao khác về quyền sở hữu tại thời điểm xác lập hợp đồng bảo đảm, biện pháp bảo đảm”. Với quy định này, trong một số trường hợp nhất định, việc không cho phép chuyển giao khiến cho QTS không thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

#### *3.1.3.4 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền sử dụng đất*

QSDĐ mặc dù nguyên tắc chung có thể chuyển giao và được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Tuy nhiên, QSDĐ được hình thành một cách đặc biệt, xuất phát điểm là từ sự chuyển giao của nhà nước qua việc giao đất, cho thuê đất, trong đó bao gồm việc cho thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm. Pháp luật đất đai quy định người sử dụng đất có quyền thế chấp QSDĐ để bảo đảm nghĩa vụ, bao gồm cả QSDĐ thuê (được quy định từ Luật đất đai năm 2003, nay được quy định tại các Điều 174, 178, 179, 180, 183, 184 Luật đất đai năm 2013). Tuy nhiên, đối với QSDĐ trả tiền thuê đất hàng năm, pháp luật hạn chế khả năng chuyển giao, chỉ ghi nhận quyền cho thuê lại, không ghi nhận quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất thuê, điều này cũng có nghĩa không thể dùng bảo đảm nghĩa vụ. Tương thích với quy định này, pháp luật đất đai đã không ghi nhận chủ thể sử dụng đất được thế chấp QSDĐ thuê trả tiền thuê đất hàng năm (Điều 175 LDD 2013). Tuy nhiên, thực tiễn, thời gian qua người sử dụng đất, cả NH cũng nhằm lẫn vấn đề này nên NH đã nhận bảo đảm bằng QSDĐ trả tiền thuê đất hàng năm dẫn đến hợp đồng thế chấp vô hiệu<sup>269</sup>.

<sup>269</sup> Xem Quyết định giám đốc thẩm số 07/2020/KDTM ngày 26 tháng 2 năm 2020 của TAND cấp cao TP Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng tín dụng (Phụ lục, vụ việc số 2)

### 3.1.3.5 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền đòi nợ

Các quyền đòi nợ phải được phép chuyển giao mới có thể trở thành đối tượng bảo đảm nghĩa vụ. Quyền đòi nợ là một dạng quyền yêu cầu về tài sản, theo quy định hiện hành, chủ thể có quyền yêu cầu có thể chuyển giao quyền yêu cầu cho chủ thể khác mà không cần sự đồng ý của bên có nghĩa vụ. Pháp luật không chỉ ghi nhận chuyển giao dân sự đối với quyền đòi nợ, mà còn có các quy định về mua bán nợ, điều này tạo cho quyền đòi nợ có tính thanh khoản cao hơn, mở ra một tiềm năng lớn hơn cho các NHTM nhận quyền đòi nợ đảm bảo nghĩa vụ, bởi nó sẽ thuận lợi hơn trong xử lý quyền đòi nợ bảo đảm khi vi phạm nghĩa vụ xảy ra.

Tuy nhiên, đối với một số quyền yêu cầu gắn với nhân thân pháp luật không cho phép chuyển giao như quyền yêu cầu cấp dưỡng, yêu cầu bồi thường thiệt hại do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín (Điểm a Khoản 1 Điều 365 BLDS 2015). Vì vậy, các quyền không được dùng bảo đảm nghĩa vụ. Quy định này phù hợp, bởi, xét về ý nghĩa, quyền được cấp dưỡng không nên sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ vì pháp luật đặt ra nghĩa vụ cấp dưỡng nhằm mục đích “đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người không sống chung với mình”<sup>270</sup>, tức nhằm đảm bảo điều kiện vật chất tối thiểu cho người được cấp dưỡng tồn tại. Do vậy, một khi chấp nhận quyền được cấp dưỡng để bảo đảm nghĩa vụ, nếu vi phạm nghĩa vụ dẫn đến phải xử lý TSBĐ thì sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của người được cấp dưỡng, và khi đó không đạt được mục đích của quy định pháp luật về cấp dưỡng. Đối với quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín liên quan trực tiếp đến giá trị nhân thân của cá nhân không thích hợp cho việc giao dịch.

### 3.1.3.6 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ

Để bảo đảm khả năng xử lý TSBĐ khi vi phạm nghĩa vụ xảy ra, QTS đối với đối tượng quyền SHTT cũng phải đảm bảo điều kiện thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm. Tuy nhiên, trong quan hệ bảo đảm, không nên xem bên bảo đảm phải là chủ sở hữu của TSBĐ là nguyên tắc cứng nhắc, bất di bất dịch khi xác định TSBĐ. Xã hội hiện đại cần có cách nhìn cởi mở hơn về yếu tố sở hữu đối với QTSBĐ. Uncitral đã nhấn mạnh để khuyến khích và thúc đẩy các biện pháp bảo đảm, pháp luật cần phải cho phép bên bảo đảm được sử dụng cả những tài sản mà mình không có quyền sở hữu trọn vẹn, nhưng có một phần quyền, lợi ích nhất định để đưa vào giao dịch bảo đảm.<sup>271</sup> Trong lĩnh vực bảo đảm liên quan tài sản trí tuệ, pháp luật Việt Nam đã có khuynh hướng này, theo đó không chỉ ghi nhận các quyền SHTT, mà còn có các quyền sử

<sup>270</sup> Điều khoản 24 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình 2014.

<sup>271</sup> United Nations Commission on International Trade Law (2010), *Legislative Guide on Secured Transactions*, Vienna, 2010, tr. 446.

dụng đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền khác của quyền SHTT và các quyền khác phát sinh trên đối tượng quyền SHTT được dùng bảo đảm nghĩa vụ (NĐ 21/2021/NĐ-CP).

Tuy nhiên, một số quy định cụ thể của luật chuyên ngành về khả năng chuyển giao của QTS đối với đối tượng quyền SHTT đã chi phối quyền này tham gia bảo đảm. Chẳng hạn, Luật SHTT đã quy định bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng SHTT sẽ không được chuyển giao quyền này trừ trường hợp chuyển nhượng cùng cơ sở sản xuất kinh doanh<sup>272</sup>. Hoặc về quyền sử dụng trước sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, người có quyền sử dụng trước sáng chế, kiểu dáng công nghiệp không được phép chuyển giao quyền đó cho người khác, trừ trường hợp chuyển giao quyền đó kèm theo việc chuyển giao cơ sở sản xuất, kinh doanh nơi sử dụng hoặc chuẩn bị sử dụng sáng chế, kiểu dáng công nghiệp<sup>273</sup>; với quy định này chủ thể quyền sử dụng trước các đối tượng SHTT không chuyển giao cho chủ thể khác, trừ trường hợp bảo đảm kèm cơ sở sản xuất kinh doanh có liên quan<sup>274</sup>.

Ngoài ra, về quyền sử dụng đối với đối tượng quyền sở hữu công nghiệp có được thông qua hợp đồng li-xăng còn bị ràng buộc bởi thỏa thuận trong hợp đồng. Mặc dù bên nhận chuyển giao có quyền sử dụng nhưng có thể không được chuyển giao quyền này cho bên thứ ba, tức không được cấp quyền thứ cấp - quyền xác lập một hợp đồng nhượng quyền thứ cấp.

Vụ việc thế chấp quyền sử dụng 6 nhãn hiệu giữa Công ty Lifepro và NH Agribank là một ví dụ<sup>275</sup>. Theo đó, Công ty Lifepro đã thế chấp quyền sử dụng 06 nhãn hiệu thương mại mà công ty liên doanh Lifepro Việt Nam đã nhận li-xăng của FGF Industry Spa (Italy). Doanh nghiệp không thể trả khoản vay trước đó nên Agribank tiến hành xử lý tài sản thế chấp của Lifepro. Tuy nhiên, Agribank không bán được 6 nhãn hiệu đã nhận thế chấp để thu hồi nợ do những khó khăn pháp lý. Trong quá trình xác lập hợp đồng thế chấp, NH không được Lifepro cung cấp bất cứ giấy tờ gì liên quan đến 06 nhãn hiệu thời trang quốc tế. Do vậy, NH không thể xác định được Lifepro có những quyền gì đối với 06 nhãn hiệu thời trang này.

**Bình luận:** Giả định rằng trong hợp đồng giữa Lifepro và bên cấp li-xăng FGF Industry Spa không có nội dung thỏa thuận về quyền cấp quyền thứ cấp, cũng như quyền được thế chấp của Lifepro đối với quyền sử dụng 6 nhãn hiệu thì sẽ giải quyết

<sup>272</sup> Xem thêm Điểm c khoản 1 Điều 146 Luật SHTT 2005: “Người được chuyển giao quyền sử dụng không được chuyển nhượng quyền đó cho người khác, trừ trường hợp chuyển nhượng cùng với cơ sở kinh doanh của mình và không được chuyển giao quyền sử dụng thứ cấp cho người khác”.

<sup>273</sup> Xem thêm Khoản 2 Điều 134.

<sup>274</sup> Lập luận trường hợp này để minh họa việc thực tiễn đã dùng quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT để bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật chưa thể hiện rõ <https://phaply.net.vn/the-chap-quyen-so-huu-cong-nghiep-nhin-tu-vu-viec-agribank-va-lifepro-viet-nam-a247260.html>

<sup>275</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 1

như thế nào? Theo Điều 142 Luật SHTT 2005, sửa đổi, bổ sung 2009 “*Bên nhận chuyển quyền không được ký kết hợp đồng thứ cấp với bên thứ ba, trừ trường hợp được bên chuyển quyền cho phép.*” Với quy định này hợp đồng thế chấp trên có thể bị xem là vô hiệu. Quy định này đã hạn chế khả năng bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT thế chấp QTS của mình. Do vậy, để thuận lợi hơn cho bên nhận chuyển giao trong việc khai thác tài sản hiện có, pháp luật không nên quy định mở hơn, theo đó cho phép bên nhận chuyển nhượng được quyền thế chấp, chuyển giao quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT trừ trường hợp bên nhận chuyển nhượng và bên chuyển nhượng có thỏa thuận khác.

Như vậy, một cách khái quát, đối với những QTS về đặc tính có thể chuyển giao được không nên hạn chế quyền chuyển giao của các chủ thể của quyền, từ đó tạo điều kiện cho các quyền QTS này có thể trở thành TSBD.

### 3.1.3.7 Về tài sản được dùng bảo đảm là phần vốn góp, cổ phần

Phần vốn góp của thành viên trong công ty TNHH và phần vốn góp của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh được phép chuyển giao mới có thể dùng bảo đảm nghĩa vụ, nói cách khác là có thể chuyển nhượng.

Đối với vốn góp của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh thì việc chuyển nhượng tương đối đơn giản, Luật ghi nhận quyền được chuyển nhượng của thành viên góp vốn và không đưa ra bất kỳ yêu cầu ràng buộc nào (Điều 187 LDN 2020). Tuy nhiên, đối với phần vốn góp trong công ty TNHH, việc chuyển nhượng được thực hiện theo trình tự riêng biệt và khá “ngghiêm ngặt”, phần vốn góp chỉ có thể chuyển nhượng cho chủ thể không không là thành viên của công ty sau khi chào bán cho các thành viên công ty theo quy định (Điều 52 LDN 2020). Điều này sẽ dẫn đến những khó khăn nhất định khi xử lý phần vốn góp bảo đảm trong trường hợp xảy ra tình huống xử lý, là một trong những nguyên nhân tạo nên sự dè dặt của NH khi nhận bảo đảm phần vốn góp. Điều này có thể khắc phục nếu pháp luật có cơ chế xử lý hiệu quả liên quan đến việc chuyển nhượng này.

Đối với cổ phần trong công ty cổ phần là loại QTS được chuyển nhượng tự do, trừ một số trường hợp do pháp luật quy định (Điều 115 LDN 2020), do vậy hầu hết chúng thỏa điều kiện được phép chuyển giao, có thể được dùng bảo đảm nghĩa vụ. Các cổ phần bị hạn chế chuyển giao rất khó và hầu như không thể dùng bảo đảm nghĩa vụ trong một số trường hợp: (i) cổ phần phổ thông của thành viên sáng lập trong 3 năm đầu kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trừ trường hợp được sự đồng ý cho phép chuyển nhượng của Đại hội đồng cổ đông (Điều 120 LDN)<sup>276</sup>, (ii) Điều lệ công ty quy định một số cổ phần cụ thể không được phép chuyển

<sup>276</sup> Khoản 3 Điều 120 LDN quy định: “*Trong thời hạn 03 năm kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, cổ phần phổ thông của cổ đông sáng lập được tự do chuyển nhượng cho cổ đông sáng*

nhượng (Điều 127 LDN 2020).

### 3.1.3 Điều kiện về tính xác định của quyền tài sản được dùng bảo đảm nghĩa vụ tại các ngân hàng thương mại

Mô tả QTSBĐ khi giao kết hợp đồng bảo đảm là một trong các cách thức xác định QTSBĐ, giúp người khác nhận diện đúng tài sản. Đây là nội dung quan trọng mà các bên phải thỏa thuận, tầm quan trọng này thể hiện rất rõ khi cần xử lý QTSBĐ. Bởi lẽ, việc mô tả QTSBĐ được thực hiện khi giao kết hợp đồng bảo đảm giúp các chủ thể xác định tài sản cần xử lý khi sự kiện bảo đảm xảy ra. Các chủ thể có thể mô tả cụ thể hoặc mô tả chung, dù mô tả kiểu nào nhưng phải mô tả chính xác, cuối cùng phải đảm bảo yếu tố “xác định được”, thể hiện rõ được đối tượng của hợp đồng bảo đảm<sup>277</sup>. Đối với QTSBĐ là một dạng tài sản vô hình, nên việc mô tả cụ thể thường khó thực hiện, càng khó mô tả chi tiết những QTS hình thành trong tương lai. Với quy định hiện hành, trong trường hợp QTSBĐ thì khi mô tả cần đảm bảo những nội dung như tên cụ thể của QTS, căn cứ pháp lý phát sinh quyền, giá trị thành tiền của QTS (nếu có) hoặc các thông tin khác có liên quan đến QTS đó<sup>278</sup>. Quy định về mô tả QTS hiện nay được thể hiện rõ hơn, theo đó, tại Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm (sau đây gọi là NĐ số 99/2022/NĐ-CP), thông tin mô tả QTS bao gồm tên quyền và căn cứ phát sinh QTS. Trường hợp căn cứ phát sinh QTS là hợp đồng thì thông tin mô tả về hợp đồng bao gồm tên hợp đồng, số hợp đồng (nếu có), thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và các bên tham gia giao kết hợp đồng. Trường hợp QTS phát sinh từ căn cứ khác thì thông tin về căn cứ phát sinh quyền bao gồm tên căn cứ, tên chủ thể ban hành căn cứ, số của căn cứ (nếu có), thời điểm có hiệu lực hoặc thời điểm ký của chủ thể ban hành căn cứ<sup>279</sup>. Quy định hiện hành hướng dẫn rõ hơn về mô tả QTS phát sinh từ hợp đồng.

Việc mô tả TSBĐ được thực hiện khi giao kết hợp đồng bảo đảm giúp các chủ thể xác định tài sản cần xử lý khi sự kiện bảo đảm xảy ra. Có thể thấy, so với quy định cũ, BLDS 2015 đã mở rộng cách mô tả tài sản theo đó thừa nhận có thể mô tả chung, điều này tạo hành lang pháp lý thuận lợi cho việc mô tả các QTSBĐ nói chung cũng như những QTS hình thành trong tương lai nói riêng.

Tính xác định của QTSBĐ thể hiện ở hai giác độ: một là, nhằm xác định được QTS cần xử lý (xác định sự tồn tại QTS hiện hữu hoặc khả năng hình thành trong tương lai); hai là, xác định được phạm vi cụ thể của QTSBĐ trong mối tương quan với các tài sản khác.

---

*lập khác và chỉ được chuyển nhượng cho người không phải là cổ đông sáng lập nếu được sự chấp thuận của Đại Hội đồng cổ đông”*

<sup>277</sup> Theo Khoản 2 Điều 295 BLDS 2015.

<sup>278</sup> Điểm c Khoản 2 Điều 10 Thông tư số 08/2018/TT-BTP.

<sup>279</sup> Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm.

### 3.1.3.1 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền sử dụng đất ‘

Hiện nay, pháp luật đã ghi nhận quyền hưởng dụng và quyền bề mặt là quyền khác đối với tài sản. Do vậy, trong các hướng dẫn về mô tả TSBĐ là QSĐĐ cần được yêu cầu mô tả nội dung này. Điều đó có ý nghĩa quan trọng trong việc hạn chế những tranh chấp liên quan, bảo vệ quyền lợi chính đáng của các bên, đặc biệt là trong trường hợp xử lý QSĐĐ bảo đảm xảy ra. Do vậy, về thủ tục đăng ký TSBĐ là QSĐĐ, pháp luật cần quy định rõ hồ sơ đăng ký nếu quyền hưởng dụng hoặc quyền bề mặt của QSĐĐ được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ đang thuộc chủ thể khác mà không phải là bên thế chấp thì cần phải xuất trình hợp đồng có liên quan đến việc chuyển giao các quyền này khi đăng ký; đồng thời cũng xác định rõ về khả năng bên thế chấp có được phép chuyển quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cho các chủ thể khác sau khi thế chấp QSĐĐ.

Pháp luật khẳng định tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm QSĐĐ<sup>280</sup>, do vậy trong thực tiễn, xét ở khía cạnh người sử dụng đất, chủ thể dù có sở hữu nhất định về việc sẽ sở hữu quyền sử dụng đất trong thời gian tới nhưng không thể xác định theo hướng này, thay vào đó, họ chọn lựa theo hướng thỏa thuận QTS phát sinh từ hợp đồng<sup>281</sup>. Trong thực tiễn, việc xác định đối tượng được dùng để bảo đảm nghĩa vụ chưa được hiểu một cách nhất quán, điều này có thể gây rủi ro cho NHTM nhận bảo đảm vì nó chi phối đến hiệu lực của hợp đồng bảo đảm.

Bản án số 841/2020/KDTM-ST ngày 01/09/2020 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa nguyên đơn là Ngân hàng Thương mại Cổ

<sup>280</sup> Vốn dĩ đất đai được xác định trên cơ sở địa giới, vốn tồn tại hiện hữu nên xét về mặt vật chất vốn không thể hình thành trong tương lai. Đất đai là tài sản đã hình thành, đã tồn tại nên yếu tố “hình thành trong tương lai” chỉ được xét ở khía cạnh pháp lý. Theo quy định của điểm a khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, QSĐĐ phải được cấp giấy chứng nhận thì mới trở thành đối tượng của các giao dịch. Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của ND 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm thì “Tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm QSĐĐ.”

<sup>281</sup> Thực tế, trong một số trường hợp, “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng” và “tài sản hình thành trong tương lai” có sự tương đồng nhất định. Bởi trong cùng một điều kiện về lợi ích, các bên có thể lựa chọn việc sử dụng QTS phát sinh từ hợp đồng hoặc tài sản hình thành trong tương lai để làm TSBĐ. Chẳng hạn, xét tình huống một người vừa ký hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, người này muốn dùng lợi ích có được từ hợp đồng này để bảo đảm nghĩa vụ thì có thể chọn thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai. Nếu tiếp cận đối tượng thế chấp trong tình huống này là một vật hữu hình (nhà ở) thì các bên có đối tượng thế chấp là nhà ở hình thành trong tương lai, nếu tiếp cận đối tượng thế chấp là dạng quyền thì các bên có đối tượng thế chấp là QTS phát sinh từ hợp đồng. Xét cho cùng, lợi ích mà bên thế chấp có được thông qua hợp đồng sẽ là giá trị đảm bảo mà các bên hướng tới. Vì thế, nếu đã chọn thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng thì không thể đồng thời thế chấp tài sản hình thành trong tương lai trong tình huống này và ngược lại. Và trong thực tiễn, các bên thường lựa chọn thế chấp đối tượng nào trong tình huống này chỉ đơn giản là thuận tiện trong giao kết hợp đồng bảo đảm, đăng ký biện pháp bảo đảm. Tuy nhiên, ở khía cạnh pháp lý, chế định “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng” và chế định “tài sản hình thành trong tương lai” là hai chế định hoàn toàn khác nhau. Điều này đặt ra vấn đề cần có những quy định khác nhau đối với mỗi đối tượng bảo đảm phù hợp với bản chất của từng quan hệ trong xác lập và thực hiện giao dịch bảo đảm. Xem thêm Huỳnh Anh, (2016), “Một số vấn đề pháp lý về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại ngân hàng thương mại”, Tạp chí *Nghiên cứu lập pháp*, (19), tr. 51-58.

phần C và bị đơn là Công ty TNHH Thương mại và Dịch vụ ĐH<sup>282</sup> là một ví dụ. Ngày 10/8/2012, NH TMCP C đã ký hợp đồng tín dụng số 12.39.0018A/HĐTDHM với Công ty TNHH Thương mại và dịch vụ ĐH (sau đây gọi tắt là Công ty ĐH) để cho vay số tiền 27.600.000.000 đồng (Hai mươi bảy tỷ sáu trăm triệu đồng). Trong số các tài sản dùng để đảm bảo cho nghĩa vụ trả nợ cho Công ty ĐH gồm có: QTS phát sinh từ hợp đồng góp vốn nhận nền nhà xây dựng nhà ở số 31/HĐGV ngày 26/9/2002 giữa bà Dương Thị PH và Công ty Cổ phần Đầu tư và kinh doanh vật liệu xây dựng F. Do công ty ĐH vi phạm nghĩa vụ trả nợ, NH khởi kiện và Tòa án cấp sơ thẩm đã xác định NH có quyền xử lý tài sản thế chấp trên trong trường hợp công ty ĐH không trả hoặc không trả đầy đủ khoản nợ. Sau đó, bên thế chấp là ông K và bà Dương Thị PH đã kháng cáo, cho rằng hợp đồng thế chấp tài sản trên vô hiệu do vi phạm quy định của pháp luật, đây là trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất, chưa được công chứng, chứng thực theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, Tòa án cấp phúc thẩm đã căn cứ Điều 181, Điều 132 BLDS 2005 xác định tòa sơ thẩm tuyên như trên là có căn cứ pháp luật.

**Bình luận:** Quyết định của tòa sơ thẩm và tòa phúc thẩm là phù hợp, tòa án đã căn cứ khoản 1 Điều 322 BLDS 2005 xác định “quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng” là một loại QTS được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Tuy nhiên, tòa án chưa giải thích rõ đối tượng bảo đảm được các bên thỏa thuận trong hợp đồng là QTS phát sinh từ hợp đồng, các bên không thỏa thuận TSBĐ là QSDĐ. Khi chọn đối tượng là QTS thì một cách hợp lý sẽ áp dụng quy định về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS, theo đó không buộc phải đăng ký biện pháp bảo đảm.<sup>283</sup> Như đã trình bày, khi tiếp cận ở khía cạnh khác nhau, ta có các loại tài sản khác nhau. Ở đây, các bên đã tiếp cận ở khía cạnh là QTS phát sinh từ hợp đồng mà không thỏa thuận (thật ra là không thể thỏa thuận vì pháp luật quy định không có QSDĐ hình thành trong tương lai) TSBĐ là nền nhà hình thành trong tương lai hay QSDĐ hình thành trong tương lai. Từ thực tế đó, việc các bên lựa chọn thế chấp QTS phát sinh từ việc góp vốn là không trái luật và là sự lựa chọn phù hợp. Rõ ràng giữa QTS phát sinh từ hợp đồng góp vốn nhận nền nhà và QSDĐ trong trường hợp này có mối quan hệ chặt chẽ với nhau, xét ở khía cạnh lợi ích thì có những chồng lấn lên nhau, dễ gây nhầm lẫn cho các chủ thể tham gia quan hệ bảo đảm. Hiện nay, BLDS 2015 và các văn hướng dẫn thi hành cũng chưa có hướng dẫn liên quan vấn đề này. Vì vậy, việc hướng dẫn cụ thể đối với nội dung này là rất cần thiết. Bản án này có thể xem xét chọn làm án lệ để thuận lợi cho Tòa án khi xét xử.

---

<sup>282</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 3

<sup>283</sup> Có thể hình dung điều này tương tự như thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán nhà thì không phải đăng ký, nhưng thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì phải đăng ký.

Ở khía cạnh Nhà nước, nhìn nhận rõ bản chất cũng như mối liên hệ này giúp nhà làm luật có sự điều chỉnh tương ứng về đối tượng của biện pháp bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai và QTS phát sinh từ hợp đồng trong những trường hợp nhất định; pháp luật cũng không thể cấm các bên chọn một đối tượng nhất định trong hai đối tượng trên khi giao kết hợp đồng vì ảnh hưởng đến quyền định đoạt của chủ thể đối với tài sản, vì vậy quy định hiện hành chỉ dừng lại ở việc cho phép chuyển đổi từ hợp đồng thế chấp QTS phát sinh từ hợp đồng mua bán (nhà ở) hình thành trong tương lai sang hợp đồng thế chấp (nhà ở) hình thành trong tương lai qua việc đăng ký lại thế chấp. Các bên trong quan hệ bảo đảm cũng cần nhận thức được quy định pháp luật để có sự chủ động trong việc lựa chọn bảo đảm bằng QTS phát sinh từ hợp đồng hay tài sản hình thành trong tương lai trong những trường hợp nhất định.

### 3.1.3.2 Về tài sản được dùng bảo đảm quyền đòi nợ

NĐ 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn về giao dịch bảo đảm đã có sự điều chỉnh phù hợp với mô tả chung theo tinh thần của BLDS 2015 “*Trường hợp tài sản bảo đảm là quyền tài sản thì thông tin được mô tả theo thỏa thuận phải thể hiện được tên, căn cứ pháp lý phát sinh quyền tài sản*”. So với Thông tư số 08/2018/TT-BTP, Nghị định NĐ 21/2021/NĐ-CP không đặt ra yêu cầu mô tả giá trị QTS, quy định cũng được kế thừa trong NĐ 99/2022/NĐ-CP. Theo đó, vẫn theo tinh thần “mô tả chung” của BLDS, nhưng kết hợp tính đặc thù của QTS, quyền đòi nợ được mô tả cần đảm bảo các nội dung như sau: tên quyền đòi nợ, căn cứ pháp lý phát sinh quyền đòi nợ. Trường hợp quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng cần nêu thông tin mô tả về hợp đồng phát sinh quyền đòi nợ, bao gồm tên hợp đồng, số hợp đồng (nếu có), thời điểm có hiệu lực của hợp đồng và bên nợ và bên có quyền đòi nợ. Thực tiễn trước đó, các bên đã mô tả tài sản mà không xác định giá trị cụ thể của tài sản, vẫn được cơ quan công chứng và Tòa án chấp nhận, tức thừa nhận tính xác định được. Ví dụ, các bên đã thỏa thuận tài sản thế chấp là “*Thế chấp bằng toàn bộ quyền đòi nợ đã, đang, sẽ hình thành thuộc sở hữu của Công ty I phát sinh từ tất cả các hợp đồng, văn bản, tài liệu liên quan đến việc bán hàng hóa,...*”<sup>284</sup>. Quy định về mô tả QTS hiện nay không chỉ phù hợp với xu hướng chung mà còn phù hợp và đáp ứng yêu cầu thực tiễn.

### **Về xác định quyền đòi nợ hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm**

Qua khảo cứu quy định về QTSBĐ hình thành trong tương lai, tác giả nhận thấy trước đây pháp luật ghi nhận tường minh quyền đòi nợ hình thành trong tương lai có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ<sup>285</sup>, nay không còn quy định riêng;

<sup>284</sup> Xem Bản án số 01/2020/KDTM-PT ngày 26/02/2020 của TAND tỉnh Bình Phước về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa nguyên đơn là Ngân hàng A và bị đơn là Công ty I trong vụ việc khác.

<sup>285</sup> Theo khoản 1, Điều 22 của NĐ 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm, có thể thế chấp các quyền đòi nợ hình thành trong tương lai. Ví dụ, có thể thấy một số quyền đòi nợ hình thành trong tương lai như quyền thu phí dịch vụ hình thành trong tương lai như thu tiền điện, tiền nước chẳng hạn.



Đối với một số QTS đặc thù khác như quyền đòi nợ, việc xác định QTS hình thành trong tương lai đã từng được nhắc đến nhưng chưa có sự giải thích cụ thể. Đối với quyền đòi nợ, tự thân nó đã mang yếu tố tương lai ở khía cạnh chủ thể chỉ có thể yêu cầu bên nợ thanh toán khi đến hạn. Tuy nhiên, yếu tố tương lai ở đây còn được xác định ở khía cạnh là tại thời điểm giao dịch, bên bảo đảm chưa phát sinh quyền đòi nợ cụ thể.

Ví dụ, tại Bản án số 22/2018/KDTM-PT ngày 24/05/2018 của TAND Quận Thủ Đức<sup>286</sup>, các bên đã thỏa thuận “*tài sản thế chấp là quyền đòi nợ giá trị khối lượng xây lắp hoàn thành trong tương lai của công trình trụ sở làm việc Chi nhánh NH nông nghiệp & PTNT tỉnh Đ (theo hợp đồng thi công xây dựng số 01/2010/HĐ-TCXD ngày 08/02/2010 được ký kết giữa Ban quản lý dự án đầu tư xây dựng công trình trụ sở làm việc Chi nhánh NH nông nghiệp & PTNT tỉnh Đ và Công ty cổ phần xây dựng thương mại V), tổng trị giá tài sản thế chấp là 23.296.000.000 đồng...*”. Yếu tố tương lai thể hiện ở khía cạnh khối lượng xây lắp chưa được thực hiện, nên quyền đòi nợ chưa phát sinh. Lộ trình hình thành quyền đòi nợ gắn với lộ trình xây dựng theo hợp đồng thi công.

Quyền đòi nợ mang đặc tính vô hình, nên lộ trình hình thành cũng không giống như các tài sản hữu hình, theo đó tài sản hữu hình sẽ thể hiện rất rõ về sự hình thành về vật lý. Pháp luật Việt Nam về xác định QTS hình thành trong tương lai phù hợp với đặc tính riêng của các loại QTS hầu như là một khoảng trống và hoàn toàn dựa vào quy định chung về tài sản hình thành trong tương lai. Thực tiễn cho thấy, trong một số trường hợp các bên vẫn còn “bối rối” trong việc xác định quyền đòi nợ hiện tại và quyền đòi nợ hình thành trong tương lai khi giao kết hợp đồng, nhưng pháp luật vẫn chưa có quy định hướng dẫn cụ thể.

### 3.1.3.3 Về tài sản được dùng bảo đảm là quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ

Trên cơ sở quy định chung về mô tả tài sản, khi dùng QTS đối với đối tượng quyền SHTT, trong hợp đồng bảo đảm và đơn đăng ký biện pháp bảo đảm cần xác định các nội dung tên của QTS đối với đối tượng quyền SHTT, ví dụ quyền sở hữu công nghiệp A, quyền đối với nhãn hiệu B, quyền sử dụng nhãn hiệu C,...; đồng thời xác định rõ căn cứ pháp lý phát sinh quyền này, ví dụ, Giấy chứng nhận quyền, trường hợp là quyền sử dụng đối tượng QSHTT trên cơ sở hợp đồng thì căn cứ còn bao gồm hợp đồng chuyển giao quyền.

Trong một số trường hợp đặc biệt, khi là đối tượng của thỏa thuận bảo đảm chung, quyền SHTT là đối tượng của hợp đồng bảo đảm có thể là tài sản hình thành trong tương lai, việc mô tả này cần hướng dẫn cụ thể hơn. Ở các nước trên thế giới,

<sup>286</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 7.

quyền SHTT, với tính chất vô hình, thường được mô tả là “*tài sản vô hình chung*” là một trong các TSBD khi thỏa thuận bảo đảm chung (“*enterprise charges*” hoặc “*general security agreements*”). Đây là biện pháp nhằm khai thác tài sản của bên bảo đảm có thể ở các hình thức, mức độ rất khác nhau. Hình thức bảo đảm chung này tùy thuộc vào các khu vực pháp lý khác nhau trên thế giới mà có thể quy định khác nhau. Chẳng hạn, luật Mexico cho phép các thỏa thuận bảo đảm bao gồm tất cả tài sản hiện tại và tương lai của con nợ. Theo thông lệ kinh doanh ở Canada và New Zealand, chủ thể thường cấp quyền lợi bảo đảm đối với tất cả tài sản hiện tại và tương lai cho NH. Ở Mỹ, theo Điều 9 UCC, các loại tài sản khác nhau phải được liệt kê, và quyền SHTT được xếp vào loại tài sản “vô hình chung”. Ở Úc, cho phép gọi là “thỏa thuận bảo đảm chung” hoặc “tất cả các thỏa thuận PAP<sup>287</sup> (tài sản hiện tại và sau khi mua lại)”<sup>288</sup>. Các tài sản trí tuệ thường được sử dụng làm TSBD trong thỏa thuận bảo đảm chung này, nhằm tăng tính chắc chắn cho việc bảo đảm, như là một phần TSBD tăng thêm bên cạnh các tài sản cụ thể, hiện hữu.

Thỏa thuận bảo đảm chung này có vẻ sẽ hữu hiệu trong điều kiện hiện nay ở Việt Nam đối với việc thế chấp tài sản trí tuệ. Bởi, QTS đối với đối tượng quyền SHTT thực tiễn hầu như không được sử dụng bảo đảm ở Việt Nam<sup>289</sup>, một trong những lý do là nó có những yếu tố được cho là có tính rủi ro cao khi nhận bảo đảm, khiến cho chúng ít được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Bên cạnh đó, khi chưa có quy định cụ thể về thỏa thuận bảo đảm chung, nếu các NHTM vẫn xác lập hợp đồng bảo đảm theo hướng này sẽ đứng trước rủi ro vô hiệu hợp đồng thế chấp, đặc biệt, đối với những tài sản hình thành trong tương lai trong tình huống này có thể đối mặt với việc không thỏa mãn yếu tố hình thành trong tương lai, tức không thỏa yếu tố tài sản xác định được. Do vậy, pháp luật Việt Nam ghi nhận và hướng dẫn chi tiết biện pháp này sẽ có ảnh hưởng tích cực trong việc đưa QTS đối với đối tượng quyền SHTT trở thành TSBD. Nếu không có quy định hướng dẫn cụ thể, có khả năng cơ quan công chứng sẽ không công chứng với lý do tài sản không xác định được, từ đó không xác lập được giao dịch bảo đảm.

Pháp luật Việt Nam không có quy định đề cập đến tài sản trí tuệ hình thành trong tương lai tham gia giao dịch bảo đảm. Ở một số nước trên thế giới, có những quy định về việc bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ hình thành trong tương lai. Chẳng hạn, ở Đức, khi chưa hoàn thành đăng ký bằng sáng chế vẫn có thể thế chấp tài sản

<sup>287</sup> Xem Eva-Maria Kieninger et al, tldd (48), tr. 58: ở Úc được gọi là “All PAP”- all present and after-acquired property.

<sup>288</sup> Xem Eva-Maria Kieninger et al, tldd (48), tr. 32, 58.

<sup>289</sup> Trong một khảo sát, khi được hỏi về các động sản được NH nhận bảo đảm cho khoản nợ vay, chỉ có chỉ có 13,4 % số người được hỏi cho rằng NH nhận tài sản trí tuệ. Xem thêm Trương Thị Tuyết Minh, tldd (25), phần phụ lục, Q5.

này, nêu như đã có những quyền sơ bộ (Preliminary Rights)<sup>290</sup>; hay tại Úc, các đơn đăng ký bằng sáng chế hoặc nhãn hiệu không được coi là tài sản theo các nguyên tắc chung, nhưng trên thực tế, chúng vẫn được các bên tham gia giao dịch bảo đảm đối xử như vậy<sup>291</sup>; hoặc ở Đài Loan, nghiêm cấm sử dụng quyền đăng ký bảo hộ để thế chấp vì cho rằng đơn đăng ký không chắc chắn sẽ thành công<sup>292</sup>. Ở các quốc gia quy định có khác nhau, nhưng nhận thấy quy định ở Đức là phù hợp nhất, bởi lẽ để xác định một QTS hình thành trong tương lai thì cần cơ sở hình thành nhất định và có tính chắc chắn nhất định. Đức đã xác định mặc dù chưa hình thành quyền đối với sáng chế nhưng phải có những “*quyền sơ bộ*”; ở Đài Loan lại cấm sử dụng quyền đăng ký sáng chế để bảo đảm nghĩa vụ, điều này ảnh hưởng đến quyền định đoạt của chủ thể, trái với nguyên tắc và xu thế chung hiện nay. Riêng ở Úc đã cho thấy luật thực định chưa đáp ứng được yêu cầu thực tiễn khi thực tiễn đã xảy ra (các bên thừa nhận), nhưng pháp luật vẫn thiếu những điều chỉnh công nhận.

Trong quá trình đăng ký quyền SHTT, có thể thấy dù quyền SHTT cuối cùng chưa tồn tại, nhưng trong một số trường hợp quyền sở hữu có thể đã tồn tại khi quá trình dẫn đến việc đăng ký quyền SHTT chưa hoàn tất. Các giai đoạn sơ bộ này có thể đã mang giá trị đáng kể và do đó có thể được sử dụng làm tài sản thế chấp. Việt Nam có quy định về trình tự, thủ tục để xác lập quyền SHTT, tuy nhiên việc xác định giai đoạn nào của quá trình này được xem là QTS hình thành trong tương lai có thể sử dụng thế chấp vẫn đang là khoảng trống pháp luật cần được hoàn thiện. Chẳng hạn, chủ thể đang nộp đơn đăng ký sáng chế hay nhãn hiệu, nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận thì khi đó QTS đối với sáng chế này có được xem là QTS hình thành trong tương lai không? Giai đoạn nào của quá trình đăng ký được xem là đã tồn tại QTS hình thành trong tương lai?

### 3.1.3.4 Về tài sản được dùng bảo đảm là phần vốn góp, cổ phần

Mô tả phần vốn góp, cổ phần cần xác định tên của phần vốn góp, cổ phần thể hiện được chủ sở hữu phần góp, công ty đã góp vốn và căn cứ pháp lý phát sinh dựa được thể hiện trên chứng nhận việc góp vốn hoặc cổ phiếu, đối với cổ phiếu cần xác định rõ số lượng cổ phiếu được dùng bảo đảm. Theo hướng dẫn của pháp luật hiện hành, chưa hướng dẫn về mô tả rõ phạm vi bảo đảm đối với loại QTS này: lợi ích phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần cần được mô tả không, có đương nhiên thuộc phạm vi của QTSBĐ không? Quyền mua phần vốn góp, cổ phần nếu phát sinh trong tương lai

<sup>290</sup> Đạo luật Bằng sáng chế của Đức, § 6, đề cập đến quyền đối với bằng sáng chế và quyền được cấp bằng sáng chế dưới dạng các quyền sơ bộ tồn tại ít nhất sau khi đơn đăng ký đã được nộp cho Văn phòng Bằng sáng chế. Xem Eva-Maria Kieninger et al, tldd (48), tr. 11.

<sup>291</sup> Xem Eva-Maria Kieninger et al, tldd (48), tr. 11.

<sup>292</sup> Shieh M-Y, Lee S-H, Security rights in intellectual property in Taiwan, Republic of China. In: Kieninger E-M (ed), *Security rights in intellectual property*, Springer, Heidelberg, năm 2019, Section 2.1.2.1, trích dẫn lại từ Eva-Maria Kieninger et al, tldd (48), tr. 12.

có thuộc phần vốn góp không? Hiện nay pháp luật hiện hành chưa quy định rõ ràng, nên việc mô tả là rất quan trọng.

Về xác định phần vốn góp, cổ phần hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật hầu như bỏ trống hoàn toàn. Mặc dù việc quy định lộ trình cụ thể đối với mỗi loại tài sản để xác định tài sản hình thành trong tương lai vốn không khả thi, tuy vậy đối với các QTSBĐ hình thành trong tương lai là dạng tài sản đặc thù, một số loại tài sản vẫn cần có sự hướng dẫn cụ thể để xác định tài sản hình thành trong tương lai. Trong trường hợp quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần, khi chưa nhận được chứng nhận quyền mua, giai đoạn nào được gọi là quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần hình thành trong tương lai chưa được quy định cụ thể, có khả năng dẫn đến việc Tòa án tuyên hợp đồng vô hiệu vì chưa được xem là tài sản hình thành trong tương lai.

### **3.2 Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về điều kiện để quyền tài sản được dùng bảo đảm tại các ngân hàng thương mại**

Nếu việc xác định một loại QTS có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ là điều kiện cần thì điều kiện pháp lý của QTSBĐ là điều kiện đủ để một QTS cụ thể trở thành TSBD. Xác định các yếu tố QTS trở thành TSBD có ý nghĩa quan trọng cho xử lý QTSBĐ (nếu có) hiệu quả. Vì vậy, điều kiện pháp lý của QTSBĐ được quy định chặt chẽ, phù hợp là điều mà pháp luật bảo đảm nghĩa vụ cần hướng tới, theo đó, một mặt bảo đảm khả năng đối tượng bảo đảm có thể xử lý được khi cần thiết, giúp NH thu hồi được nợ, hạn chế rủi ro tín dụng; mặt khác không gây trở ngại, khó khăn cho QTS tham gia bảo đảm nghĩa vụ.

Thực tiễn xác lập và thực hiện các giao dịch bảo đảm bằng QTS, thực tiễn áp dụng trong giải quyết tranh chấp cho thấy: (i) các quy định liên quan đến yếu tố QTS thuộc quyền sở hữu vẫn còn vướng mắc, trong nhiều trường hợp xảy ra tranh chấp, khi cần xử lý QTSBĐ lại không thuộc sở hữu của bên bảo đảm hoặc tranh cãi trong xác định ai là chủ sở hữu, (ii) một số trường hợp quy định về khả năng chuyển giao của QTS hạn chế quyền này trở thành TSBD, (iii) những quy định liên quan đến xác định tính cụ thể của các QTS, đặc biệt quy định về QTS hình thành trong tương lai vừa vướng mắc về lý luận liên quan đến yếu tố tương lai, vừa thiếu hẳn các quy định cụ thể để xác định QTS hình thành trong tương lai.

Trên cơ sở những nhu cầu, định hướng hoàn thiện các quy định về điều kiện để QTS trở thành TSBD, xuất phát từ những bất cập trong quy định đã phân tích, tác giả đề xuất những giải pháp hoàn thiện cụ thể như sau:

#### *3.2.1 Hoàn thiện quy định về điều kiện quyền tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm*

**Thứ nhất**, cần bổ sung quy định trong Luật đất đai như sau:

- (i) Giấy chứng nhận QSDĐ của hộ gia đình phải ghi rõ số lượng, tên thành viên của hộ gia đình. Luật Đất đai ghi nhận nội dung này sẽ giúp cho bên nhận bảo đảm, cơ quan công chứng và cả Tòa án dễ dàng nhận diện chủ sở hữu của QSDĐ trong trường hợp đất thuộc sở hữu hộ gia đình khi các bên xác lập hợp đồng bảo đảm, khi cơ quan công chứng thực hiện công chứng hợp đồng bảo đảm và cả trong trường hợp Tòa án giải quyết các tranh chấp liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ bằng QSDĐ của hộ gia đình.
- (ii) Quy định rõ căn cứ xác định các thành viên trong hộ gia đình có quan hệ về tài sản và là chủ thể của giao dịch dân sự. Quy định này giúp cơ quan cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất có căn cứ rõ ràng, cụ thể trong việc xác định các thành viên của hộ là chủ sở hữu của QSDĐ và ghi nhận vào Giấy chứng nhận QSDĐ.
- (iii) Phân loại đối với những người có tên trong sổ hộ khẩu nhưng không có quan hệ về quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đối với QSDĐ. Quy định này cũng sẽ tạo căn cứ quan trọng giúp Cơ quan cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất loại trừ các thành viên của hộ không là thành viên sở hữu QSDĐ của hộ gia đình.

Kiến nghị trên xuất phát từ thực tiễn hiện nay, theo đó, khi công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp QSDĐ hộ gia đình, cơ quan công chứng có cách hiểu và áp dụng quy định của pháp luật về hộ gia đình chưa thống nhất, đặc biệt là cách hiểu về “hộ gia đình” còn được gắn với “sổ hộ khẩu”. Khi có tranh chấp xảy ra, Tòa án buộc phải nhờ đến Ủy ban nhân dân để xác định thành viên của hộ gia đình. Điều này là tốn thêm chi phí, công sức cho cơ quan chức năng; bên cạnh đó tiêu chí để xác định thành viên của hộ gia đình là chủ sở hữu QSDĐ cũng thật sự chưa rõ ràng. Thực tiễn cho thấy, Ủy ban nhân dân trong quá trình xác minh sẽ tìm hiểu tại thời điểm cấp giấy chứng nhận QSDĐ, thành viên của hộ gồm những ai để xác định chủ sở hữu, điều này chưa hoàn toàn chính xác, thành viên trong hộ chưa hẳn được xem là thành viên của hộ gia đình với tư cách là chủ thể QSDĐ. Việc các bên xác định không chính xác, đầy đủ các thành viên của hộ gia đình khiến cho giao dịch không thỏa mãn điều kiện QSDĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, dẫn đến khả năng hợp đồng bảo đảm vô hiệu, ảnh hưởng hưởng đến quyền lợi của các bên, đặc biệt là NHTM nhận bảo đảm vì lợi ích bảo đảm bị giảm sút.

**Thứ hai**, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành Nghị quyết hướng dẫn áp dụng thống nhất các vấn đề liên quan đến xác định hiệu lực của hợp đồng bảo đảm có đối tượng là QSDĐ thuộc sở hữu hộ gia đình. Cụ thể:

- (i) *Một là*, trường hợp hợp đồng thế chấp QSDĐ vi phạm nội dung tài sản thuộc quyền sở hữu của bên bảo do không đủ thành viên hộ tham gia giao dịch thì cần xác định hợp đồng vô hiệu một phần. NH nhận bảo đảm được xử lý TSBĐ

đảm, giá trị TSBĐ tương ứng với giá trị tài sản của các bên tham gia quan hệ bảo đảm.

Đề xuất trên xuất phát từ việc hợp đồng thế chấp QTS là tài sản của hộ gia đình vi phạm yếu tố chủ thể do không có đủ các thành viên trong hộ tham gia là cơ sở để Tòa án tuyên vô hiệu. Từ thực tiễn cho thấy, khi giải quyết tranh chấp liên quan đến chủ sở hữu là hộ gia đình, Tòa án đã có những phán quyết khác nhau, theo đó, có tòa án xác định hợp đồng vô hiệu một phần, có Tòa án xác định vô hiệu toàn bộ, hoặc có trường hợp Tòa án xem xét đến yếu tố NH là người thứ ba ngay tình để cho phép xử lý QTSBĐ như đã phân tích. Do đó, trên cơ sở phù hợp quy định chung của pháp luật dân sự về sở hữu theo phần, các chủ thể chịu trách nhiệm đối với phần tài sản của mình; đảm bảo quyền lợi chính đáng của NH và các bên liên quan, chủ thể (bên bảo đảm) phải có trách nhiệm đối với hành vi của mình. Đề xuất trên được thực hiện tạo cơ sở các Tòa án áp dụng **thống nhất** việc tuyên hợp đồng vô hiệu một phần do thiếu thành viên hộ gia đình tham gia giao dịch bảo đảm, cũng như đảm bảo phù hợp tính chất của quy định pháp luật về sở hữu chung theo phần của hộ gia đình.

- (ii) Hai là, trường hợp đồng thế chấp đã được thực hiện công chứng và đăng ký đúng quy định, NH ngay tình và việc không ký vào hợp đồng thế chấp là do lỗi của thành viên trong hộ thì NH được phép xử lý QSDĐ bảo đảm đề thu hồi nợ. Đồng thời, Tòa án tối cao cần quy định rõ trường hợp nào NH được xem là ngay tình.

Lý do của kiến nghị này nhằm bảo vệ quyền lợi của NH ngay tình trong trường hợp hợp đồng bảo đảm không đảm bảo điều kiện về chủ sở hữu TSBĐ, điều này phù hợp với tinh thần chung của BLDS (Điều 133 BLDS 2015), phù hợp với nguyên tắc tự chịu trách nhiệm đối với hành vi cá nhân theo pháp luật dân sự (Điều 3 BLDS 2015). Bởi lẽ, thực tiễn đã có những trường hợp do hành vi của thành viên trong hộ dẫn đến hợp đồng không thỏa mãn điều kiện có hiệu lực, và NH không thể biết như đã phân tích trên. Nội dung kiến nghị này được thực hiện sẽ giúp các Tòa án áp dụng thống nhất, là cơ sở quan trọng và cần thiết bởi hiện chưa có quy định chi tiết điều chỉnh vấn đề này, nên khả năng vận dụng quy định chung để giải quyết và tuyên hợp đồng vô hiệu một phần là khá cao, điều đó cũng có nghĩa sẽ không đảm bảo sự thống nhất giữa các Tòa án trong áp dụng pháp luật.

**Thứ ba**, cần sửa đổi, bổ sung Luật SHTT các nội dung như sau: (i) Quy định hướng dẫn việc xác định chủ sở hữu của tài sản trí tuệ được tạo ra từ trí tuệ nhân tạo trong trường hợp có sự tham gia đóng góp của nhiều chủ thể; (ii) Quy định xác định giá trị quyền SHTT được phát triển từ tài sản trí tuệ (ví dụ phần mềm) trong mối quan hệ giữa bên trực tiếp phát triển phần mềm và bên nhận chuyển nhượng và sử dụng dịch vụ phát triển phần mềm.

Lý do của đề xuất này xuất phát từ việc trong xã hội công nghệ sẽ xuất hiện những QTS mới mà việc xác định ai là chủ sở hữu tài sản này đang là khoảng trống của pháp luật. Khi đó, việc xác định chủ sở hữu QTS khi quyền này được dùng bảo đảm nghĩa vụ (chẳng hạn, những sản phẩm trí tuệ do robot tạo ra như đã nêu) sẽ gây khó khăn cho Tòa án khi giải quyết tranh chấp liên quan. Bên cạnh đó, tài sản trí tuệ có thể tăng giá trị trong quá trình đầu tư, phát triển như trong trường hợp phát triển phần mềm, bên sử dụng dịch vụ phát triển phần mềm hay bên thực hiện dịch vụ phát triển phần mềm là chủ sở hữu tài sản phát triển trong quá trình thực hiện dịch vụ (như vụ án ở Úc đã phân tích). Vì thế, việc nghiên cứu để xây dựng các quy định liên quan đến việc xác định quyền sở hữu trong trường hợp này là cần thiết, một mặt nhằm đáp ứng yêu cầu chung về sự điều chỉnh các quan hệ mới xuất hiện do sự phát triển của công nghệ nói chung, mặt khác, tạo thuận lợi cho việc xác định quyền sở hữu của các QTS được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ nói riêng. Đồng thời, hạn chế tranh chấp cũng như có cơ sở pháp lý để giải quyết trong trường hợp tranh chấp xảy ra.

**Thứ tư**, liên quan đến bên bảo đảm nghĩa vụ là người thứ ba, cần bổ sung cụ thể trong BLDS quy định “*bên bảo đảm là người thứ ba quyền yêu cầu bên được bảo đảm thanh toán lại số tiền đã thanh toán thay cho bên bên được bảo đảm*”. Đồng thời, bổ sung NĐ 21/2021/NĐ-CP quy định cụ thể hậu quả pháp lý về phạm vi QTSBĐ, phạm vi nghĩa vụ của bên bảo đảm là người thứ ba trong trường hợp bên bảo đảm không đồng thời là bên bảo lãnh và trường hợp bên bảo đảm đồng thời là bên bảo lãnh

Lý do của đề xuất trên, như phân tích trên, việc bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS là QSDĐ trong thời gian qua đã có nhiều bất cập do sự nhập nhằng giữa bảo lãnh và thế chấp. Mặc dù BLDS 2015 và Luật đất đai năm 2013 đã cơ bản giải quyết được vấn đề này nhưng vẫn chưa có những hướng dẫn chi tiết và vẫn còn thiếu những quy định cần thiết. Cụ thể, hiện nay chưa có quy định về việc bên có nghĩa vụ được bảo đảm phải trả lại tiền cho bên thứ ba (không là bên bảo lãnh) dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ khi tài sản này bị bên nhận bảo đảm xử lý để thu hồi nợ. Bên cạnh đó cần hướng dẫn chi tiết hơn về việc xác định nghĩa vụ của người thứ ba đồng thời là người bảo lãnh và người thứ ba không đồng thời là bên bảo lãnh để các bên liên quan dễ áp dụng. Có như vậy, bên thứ ba sẽ yên tâm hơn trong việc sử dụng QTS của mình để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác. Bởi, một người dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác trong phạm vi tài sản đó (không bảo lãnh), họ cần có sự khẳng định của pháp luật rằng họ có thể đòi lại giá trị tài sản đã bị xử lý từ người có nghĩa vụ (hiện pháp luật chưa có quy định cụ thể vấn đề này, do vậy nếu xem xét áp dụng thì chỉ có thể áp dụng tương tự như đối với việc bảo lãnh rằng người bảo lãnh sau khi đã thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh có quyền yêu cầu bên được bảo lãnh thanh toán lại số tiền đã thanh toán; do vậy việc quy định tường minh về nghĩa vụ trả tiền cho bên thứ ba dùng tài sản để bảo đảm là rất cần thiết). Điều này sẽ góp phần tạo điều kiện cho bên thứ ba sử dụng QSDĐ nói

riêng, QTS và tài sản khác nói chung được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ bởi người thứ ba phổ biến hơn.

### 3.2.2 Hoàn thiện quy định về điều kiện quyền tài sản được dùng bảo đảm phải có thể chuyển giao

Cần bổ sung quy định trong Luật sở SHTT, theo đó quy định “*bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT được quyền chuyển giao quyền này cho chủ thể khác, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”. Trên nền tảng đó, bổ sung quy định về QTS đối với đối tượng được dùng bảo đảm tại NĐ 21/2021/NĐ-CP, quy định “*bên nhận li-xăng đối với quyền sở hữu công nghiệp mặc nhiên được phép sử dụng quyền này để bảo đảm nghĩa vụ, cũng như được phép cấp quyền thứ cấp cho bên thứ ba mà không cần có sự đồng ý của chủ sở hữu quyền SHTT, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác*”. Nói cách khác nếu hợp đồng li-xăng không nêu rõ bên nhận li-xăng không được cấp quyền thứ cấp cho bên thứ ba hoặc không được thế chấp quyền sử dụng được cấp thì bên nhận li-xăng có thể cấp quyền cho bên thứ ba cũng như có thể sử dụng quyền được cấp để bảo đảm nghĩa vụ mà không phụ thuộc vào ý chí của bên cấp quyền.

Lý do của đề xuất, trên cơ sở tôn trọng quyền định đoạt của chủ sở hữu, mở rộng khả năng các QTS đối với đối tượng quyền SHTT, chủ thể của quyền nên được phép chuyển giao QTS thuộc về mình. Điều này một mặt bảo đảm quyền lợi chính đáng của chủ thể, mặt khác tạo điều kiện cho QTS đối với đối tượng QSHTT có thể trở thành TSBĐ mà không bị cản trở bởi yếu tố không thể chuyển giao. Điều này cũng tạo cơ sở pháp lý cho Tòa án giải quyết tranh chấp trong trường hợp hợp đồng li-xăng không thỏa thuận rõ yếu tố chuyển giao này.

### 3.2.3 Hoàn thiện các quy định liên quan đến tính xác định của quyền tài sản được dùng bảo đảm

Xuất phát từ sự dung hòa giữa yếu tố cụ thể của tài sản để có thể xử lý dễ dàng khi cần thiết và sự đa dạng của các loại tài sản, trạng thái của các loại tài sản và yêu cầu chính đáng của việc được sử dụng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật đã cố gắng đưa ra cụm từ cho phép được “*mô tả chung*”, nhưng phải “*xác định được*” (Điều 295 BLDS 2015). Đây là một quy định với tinh thần cởi trói cho các tài sản thuận lợi trở thành tài sản được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Tuy vậy, để thuận lợi cho việc áp dụng, trong một số trường hợp cụ thể, cần giải thích rõ thuật ngữ “*mô tả chung*” này. Do đó, tác giả đề xuất:

(i) Sửa đổi, bổ sung Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký biện pháp bảo đảm, theo đó, giải thích, minh họa làm rõ thuật ngữ “*mô tả chung nhưng có thể xác định được*” trong những trường hợp cụ thể. Theo đó, bổ sung quy định “*các bên có thể thỏa thuận chung QTS hiện tại, tương lai và QTS phái sinh là đối tượng bảo đảm nghĩa vụ, trong trường hợp này, QTS tương lai, tài sản phái sinh không cần mô tả*



thêm”. Chẳng hạn, các bên thỏa thuận “TSBĐ là tất cả quyền SHTT của doanh nghiệp hiện tại, trong tương lai và cả tài sản phái sinh từ quyền SHTT”.

(ii) Các bên có thể sử dụng thuật ngữ “tài sản vô hình chung” để mô tả về TSBĐ gồm tất cả tài sản vô hình của bên bảo đảm.

Kiến nghị trên xuất phát thực tiễn, theo đó thực tiễn đã đi trước một bước về cách mô tả này và đã được Tòa án thừa nhận trong quá trình xét xử. Bên cạnh đó, kiến nghị cũng dựa trên tham khảo pháp luật nước ngoài, tham khảo một số nước trên thế giới (Mexico, Canada, New Zealand, Mỹ, Úc) thì thấy họ có quy định “thỏa thuận bảo đảm chung” với cách mô tả theo những cách khác nhau và thỏa thuận này được sử dụng nhiều cho các trường hợp có bảo đảm bằng tài sản vô hình. Sử dụng “thỏa thuận bảo đảm chung” này gắn liền với việc mô tả chung về tài sản trong trường hợp đặc biệt. Mô tả trong thỏa thuận bảo đảm chung theo UCC cụ thể hơn các nước khác thể hiện ở việc liệt kê các tài sản khác, chỉ với tài sản vô hình được mô tả chung là “tài sản vô hình chung”, tác giả xác định đây là lựa chọn tốt cho Việt Nam.

Thỏa thuận bảo đảm chung này có thể khai thác nhiều hơn TSBĐ từ bên bảo đảm, điều này một mặt tạo thuận lợi cho các NHTM muốn tăng tính chắc chắn của việc bảo đảm bằng tài sản vô hình (vì NHTM vẫn chưa yên tâm khi nhận tài sản vô hình để bảo đảm nghĩa vụ, lo ngại về tính thanh khoản trong xử lý QTSBĐ), phù hợp đối với việc sử dụng QTSBĐ. Thay vì nhận các QTS riêng lẻ để bảo đảm nghĩa vụ thì biện pháp này có thể kết hợp với những tài sản khác, điều đặc biệt là khi đó có thể thỏa thuận các QTSBĐ như là một tài sản “vô hình chung” được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, ngay cả những tài sản hình thành trong tương lai mà tại thời điểm giao kết chưa có dấu hiệu hình thành (tài sản được mua lại). Đây là một cách thức giúp cho các QTS nói chung, các quyền đối với đối tượng quyền SHTT ngày càng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ rộng rãi hơn trong thực tiễn.

#### 3.2.4 Về xác định quyền tài sản bảo đảm hình thành trong tương lai

**Thứ nhất**, sửa đổi Điều 295 BLDS 2015 như sau: “*Tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu. Trường hợp TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai thì chỉ cần có cơ sở nhất định xác định TSBĐ thuộc sở hữu bên bảo đảm trong tương lai*”.

Kiến nghị trên xuất phát từ việc để đảm bảo sự thống nhất giữa lý luận, cũng như giữa quy định TSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và quy định tài sản hình thành trong tương lai được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, cần ghi nhận TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ như là một trường hợp ngoại lệ của điều kiện về tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm.

**Thứ hai**, xác định QTS hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm đối với một số QTS cụ thể

(i) Về QSDĐ, NĐ 21/2021/NĐ-CP nên ghi nhận QSDĐ hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm nghĩa vụ

Kiến nghị này xuất phát từ các lý do: hiện nay pháp luật về giao dịch bảo đảm khẳng định không có QSDĐ hình thành trong tương lai được dùng bảo đảm nghĩa vụ, với lý luận rằng không thể có QSDĐ hình thành trong tương lai do xét về mặt vật chất, đất đai vốn đã tồn tại sẵn. Tuy nhiên, xét định nghĩa về tài sản hình thành trong tương lai, yếu tố tương lai có thể được đề cập trong mối quan hệ với một chủ thể nhất định, cụ thể, theo Điểm b khoản 2 Điều 108, “*Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch*”, ở góc độ này, QSDĐ hình thành trong tương lai đã tồn tại trong thực tế cần được ghi nhận. Kiến nghị này được chấp nhận có ý nghĩa tạo nên sự tương thích đối với quy định liên quan, bởi, pháp luật hiện hành ghi nhận có thể đảm bảo nghĩa vụ bằng nhà ở hình thành trong tương lai (Luật Nhà ở 2014) và QSDĐ thường gắn liền với nhà ở nên cần có quy định tương ứng để tạo nên sự đồng bộ trong xác lập cũng như trong xử lý TTSB nếu có.

(ii) Bổ sung NĐ 21/2021/NĐ-CP, mô tả rõ lộ trình hình thành các QTS đối với đối tượng quyền SHTT được dùng bảo đảm nghĩa vụ. Cụ thể, trong quá trình đăng ký nhằm xác lập quyền sở trí tuệ, giai đoạn thẩm định xong nội dung có thể làm có sở xác định thời điểm được xem là quyền SHTT hình thành trong tương lai.

Kiến nghị này xuất phát quy định tại Điều 108 BLDS 2015 đã đưa ra định nghĩa về tài sản hình thành trong tương lai vẫn còn ở mức độ chung, mặc dù tạo ra cơ hội rộng mở cho việc tài sản hình thành trong tương lai tham gia giao dịch bảo đảm nhưng cũng rất khó xác định phạm vi cụ thể của tài sản hình thành trong tương lai. Do vậy, bên cạnh các quy định chung cần có những quy định cụ thể hơn theo hướng xác định lộ trình hình thành của tài sản để đảm bảo khả năng “chắc chắn” hình thành của tài sản. Đồng thời, xuất phát từ đặc tính của QTS đối với đối tượng quyền SHTT được hình thành theo lộ trình nhất định. Lộ trình hình thành này không dựa vào sự hình thành về yếu tố vật chất, thay vào đó là các quy định phản ánh khả năng nắm giữ, kiểm soát QTS về mặt pháp lý đối với tài sản. Do đó, pháp luật cần xác định rõ giai đoạn nào của quá trình hình thành được xem là QTS hình thành trong tương lai.

Kiến nghị trên được tác giả tham khảo pháp luật của các nước. Qua tham khảo một số nước trên thế giới thì thấy có những quan điểm khác nhau về việc thừa nhận quyền SHTT hình thành trong tương lai được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ và cũng có quy định lộ trình cho chúng (Đức) như đã phân tích. Tác giả ủng hộ pháp luật Đức về việc xác định khi chủ thể có quyền sơ bộ đối với đối tượng SHTT thì có thể dùng quyền này bảo đảm nghĩa vụ. Kiến nghị trên được thực hiện sẽ tạo cơ sở pháp lý rõ ràng cho các bên tham gia bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền SHTT tương lai, giúp khai thác tối ưu giá trị của tài sản trí tuệ trong bảo đảm nghĩa vụ, giúp doanh nghiệp có cơ hội được NHTM cấp tín dụng.

(iii) Về cổ phần, bổ sung NĐ 21/2021/NĐ-CP, xác định quyền mua cổ phần hình thành trong được dùng bảo đảm nghĩa vụ. Trước khi nhận được chứng nhận quyền mua cổ phần, thời điểm công ty công bố quyền của thành viên được mua cổ phần được xem là đã hình thành quyền mua cổ phần trong tương lai đối với thành viên công ty. Quy định này giúp mở rộng các dạng QTS tham gia bảo đảm nghĩa vụ.

### KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Hoàn thiện quy định về điều kiện để QTS trở thành TSBĐ là nhu cầu tất yếu vừa bảo đảm yếu tố dự phòng rủi ro tín dụng, vừa giúp khai thác tốt nhất giá trị của QTS phục vụ cho nhu cầu huy động vốn của doanh nghiệp. Nội dung chương này tập trung vào đánh giá thực trạng quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng điều kiện QTSBĐ trong hợp đồng bảo đảm để làm cơ sở cho việc tìm kiếm giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS.

**Thứ nhất**, phân tích thực trạng pháp luật cho thấy các quy định về điều kiện để QTS trở còn những bất cập nhất định:

*Một là*, về điều kiện QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm: (i) chưa bảo vệ được NH nhận bảo đảm là bên thứ ba ngay tình do Tòa án xác định chủ sở hữu tài sản không phải là bên thế chấp do chủ thể này không ngay tình, (ii) các quy định về chủ thể là hộ gia đình chưa rõ ràng khiến cho các hợp đồng bảo đảm dù đã được công chứng và đăng ký vẫn bị vô hiệu do thiếu thành viên trong hộ tham gia, (iii) các Tòa án chưa thống nhất trong việc xác định hợp đồng bảo đảm bằng QTS thuộc sở hữu của hộ gia đình nhưng thiếu thành viên trong hộ tham gia là vô hiệu một phần hoặc toàn bộ, (iv) một số QTS phát sinh do sự phát triển của khoa học công nghệ vẫn còn là khoảng trống pháp luật về xác định chủ sở hữu nói chung, chủ sở hữu trong bảo đảm nghĩa vụ nói riêng; (v) chưa thừa nhận tường minh về quyền của bên thứ ba sử dụng QTS bảo đảm nghĩa vụ cho người khác (không là người bảo lãnh) và quyền được nhận lại số tiền đã trả từ việc xử lý TSBĐ từ bên có nghĩa vụ, dẫn đến thiếu cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền lợi chính đáng của chủ thể này.

*Hai là*, về điều kiện có thể chuyển giao của QTS, việc quy định quyền chuyển giao của chủ thể QTS trong một số trường hợp còn bị phụ thuộc vào bên thứ ba, quy định này hạn chế khả năng chuyển giao của QTS, dẫn đến hạn chế khả năng QTS trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm.

*Ba là*, về tính xác định được của QTSBĐ: (i) hướng dẫn mô tả chưa thể hiện rõ theo hướng mở theo tinh thần BLDS 2015 về được phép “mô tả chung”, (ii) chưa có hướng dẫn mô tả trong trường hợp về thỏa thuận bảo đảm chung.

*Bốn là*, về quy định xác định QTS hình thành trong tương lai bảo đảm nghĩa vụ: (i) quy định trường hợp QTS hình thành trong tương lai vẫn chưa đảm bảo sự logic với quy định về điều kiện QTSBĐ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, (ii) các QTS hình thành trong tương lai còn thiếu những quy định cụ thể, chưa xây dựng được lộ trình hình thành đối với việc xác định QTS hình thành trong tương lai.

**Thứ hai**, qua việc phân tích những bất cập về điều kiện pháp lý để QTS trở thành TSBĐ, tác giả đã đưa ra những đề xuất cụ thể:

*Một là*, về điều kiện QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm: (1) về xác định chủ sở hữu là hộ gia đình: (i) về việc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ cho hộ gia đình cần phải ghi rõ số lượng, tên thành viên của hộ gia đình; (ii) quy định rõ căn cứ xác định các thành viên trong hộ gia đình có quan hệ về tài sản và là chủ thể của giao dịch dân sự; (iii) có sự phân loại đối với những người có tên trong sổ hộ khẩu nhưng không có quan hệ về quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đối với QSDĐ; (2) hướng dẫn áp dụng thống nhất trong việc xác định hiệu lực của hợp đồng thế chấp QTS thuộc sở hữu của hộ gia đình; (3) về các QTS mới phát sinh: (i) Quy định hướng dẫn việc xác định chủ sở hữu của tài sản trí tuệ được tạo ra từ trí tuệ nhân tạo trong trường hợp có sự tham gia đóng góp của nhiều chủ thể, (ii) Quy định xác định giá trị quyền SHTT được phát triển từ tài sản trí tuệ (ví dụ phần mềm) trong mối quan hệ giữa bên trực tiếp phát triển phần mềm và bên nhận chuyển nhượng và sử dụng dịch vụ phát triển phần mềm.

*Hai là*, về xác định QTSBĐ, bổ sung quy định hướng dẫn cách mô tả QTSBĐ trong trường hợp các bên thỏa thuận về bảo đảm chung nhằm đảm bảo tính xác định của QTSBĐ trong trường hợp này, đặc biệt là trường hợp trong số các TSBĐ có QTS hình thành trong tương lai.

*Ba là*, về QTS hình thành trong tương lai bảo đảm nghĩa vụ: (i) bổ sung quy định trường hợp tài sản hình thành trong tương lai là trường hợp ngoại lệ về điều kiện TSBĐ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, (ii) bổ sung các quy định về lộ trình các QTS hình thành trong tương lai.

Chương 3 đã nghiên cứu thực trạng nhằm tạo cơ sở đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật về điều kiện để QTS trở thành TSBĐ, góp phần thúc đẩy các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ trong sự cân bằng với bảo đảm an toàn rủi ro tín dụng. Tuy nhiên, xác định điều kiện của QTSBĐ chỉ một một trong các khâu của giao dịch bảo đảm, vấn đề xử lý QTSBĐ cũng là yếu tố quan trọng chi phối việc NH sẵn lòng nhận QTS bảo đảm nghĩa vụ hay không bởi khi nhận QTS để bảo đảm nghĩa vụ, NH luôn xét đến khả năng có thể xử lý QTSBĐ và được ưu tiên thanh toán để thu hồi nợ khi bên bảo đảm không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Vì thế, luận án sẽ tiếp tục nghiên cứu vấn đề xử lý QTSBĐ để có sự nhìn nhận đầy đủ hơn về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS cũng như tìm kiếm những giải pháp khoa học cho việc hoàn thiện quy định về QTSBĐ.

**CHƯƠNG 4****XỬ LÝ QUYỀN TÀI SẢN ĐƯỢC DÙNG BẢO ĐẢM  
TẠI CÁC NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI****4.1 Thực trạng pháp luật về xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại***4.1.1 Căn cứ xử lý quyền tài sản bảo đảm*

Căn cứ xử lý QTSBĐ không được pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ quy định cụ thể. Theo quy định chung về xử lý TSBĐ, có 3 căn cứ, bao gồm (Điều 299 BLDS 2015): (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. Trong NĐ 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn về bảo đảm nghĩa vụ cũng không có quy định riêng về căn cứ xử lý QTSBĐ.

Như vậy, căn cứ xử lý QTSBĐ sẽ theo các quy định chung, với quy định trên, nhìn chung, bên cạnh các căn cứ cơ bản được nêu ra, pháp luật cho phép các bên tự thỏa thuận các trường hợp là căn cứ để xử lý QTS trên nguyên tắc tự do, tự nguyện. Pháp luật cũng dự phòng trong trường hợp cụ thể có thể có quy định khác là căn cứ xử lý khi xác định trường hợp khác theo quy định của Luật. Hiện nay, pháp luật Việt Nam không giới hạn về sự thỏa thuận nên sẽ tuân thủ nguyên tắc chung của pháp luật: tự do, tự nguyện thỏa thuận nhưng không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Quy định của Điều 9 UCC cho phép các bên tự do thỏa thuận về căn cứ xử lý động sản bảo đảm với điều kiện không vi phạm nguyên tắc thiện chí và nguyên tắc phù hợp thông lệ thương mại. Sự giới hạn về thỏa thuận này xuất phát từ việc cho rằng bên bảo đảm có vị thế yếu hơn bên nhận bảo đảm, nhằm bảo vệ lợi ích của bên bảo đảm. Thật vậy, NH là bên có trình độ chuyên môn nghiệp vụ, thường là bên soạn thảo hợp đồng bảo đảm, thêm vào đó nhu cầu và áp lực về nguồn vốn, có khả năng bên bảo đảm buộc chấp nhận những thỏa thuận có thể thực sự không công bằng với mình để được cấp tín dụng.

*4.1.2 Thẩm quyền xử lý quyền tài sản bảo đảm*

Về quyền xử lý QTSBĐ tiền vay, chủ thể thực hiện xử lý QTSBĐ được thực hiện quyền xử lý đã được pháp luật ghi nhận cho NH nhận bảo đảm. Các quyền này được pháp luật quy định dựa trên cơ sở xuất phát từ yêu cầu thu hồi vốn nhanh của NHTM. Do đó, trong lĩnh vực tín dụng NH, pháp luật đã trao rất nhiều quyền cho các NHTM trong việc xử lý QTSBĐ. Cụ thể: quyền yêu cầu giao tài sản cho NHTM để xử lý, quyền truy đòi QTS để xử lý, quyền thực hiện phương thức xử lý tài sản, quyền xác định giá trị QTSBĐ trong trường hợp cụ thể, quyền định đoạt QTSBĐ, quyền ưu tiên

thanh toán, quyền được hỗ trợ của bên thứ ba có liên quan QTSBĐ, quyền được cơ quan nhà nước có thẩm quyền hỗ trợ buộc bên có tài sản phải giao tài sản và làm thủ tục chuyển nhượng tài sản,...Trên thực tế, các quyền của bên nhận bảo đảm đã được thực hiện cơ bản trong quá trình xử lý QTSBĐ, phù hợp với nguyên tắc của bảo đảm nghĩa vụ. Tuy nhiên, một số nội dung của các quyền này chưa đảm bảo tính tối ưu trong xử lý và gặp nhiều vướng mắc, bất cập trong thực tiễn như: quyền xử lý đối với tài sản phái sinh từ QTSBĐ, quyền xử lý đối với QTS là QSDĐ có tài sản gắn liền với đất, việc truy đòi tài sản phái sinh từ QTSBĐ để thu hồi nợ, việc xác định giá của QTSBĐ trong việc bán QTSBĐ để thu hồi nợ, quyền được hỗ trợ, phối hợp của bên thứ ba có liên quan đến QTSBĐ chưa được quy định đầy đủ,...Những bất cập, vướng mắc này sẽ được phân tích chi tiết trong phần quy trình xử lý QTSBĐ.

#### 4.1.3 Quyền tài sản được xử lý

QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ được mô tả trong hợp đồng bảo đảm khi xác lập biện pháp bảo đảm, trên cơ sở đó QTSBĐ được xác định. Tuy vậy, những biến động của QTSBĐ trong quá trình bảo đảm đã đặt ra vấn đề QTSBĐ tại thời điểm xử lý được xác định như thế nào, phạm vi cụ thể của nó? Đặc biệt là sự xuất hiện của các tài sản phái sinh.

Trong quá trình bảo đảm, bên cạnh QTSBĐ gốc ban đầu, có thể hình thành các tài sản phái sinh. Tài sản phái sinh từ QTSBĐ hình thành do việc sử dụng, định đoạt QTS. Một số hệ thống pháp luật trao cho chủ nợ có đảm quyền tự động đối với tài sản phái sinh, bất kể đó là hoa lợi, lợi tức hay doanh thu, sản phẩm trong quá trình sản xuất hay tiền thu được từ việc định đoạt. “Quyền tự động” được hiểu là ngay cả trường hợp các bên không thỏa thuận thì các tài sản phái sinh này cũng được xem là TSBĐ và có thể được bên nhận bảo đảm xử lý để thu hồi nợ. Một số quốc gia khác thì chấp nhận quyền tự động đối với một số tài sản phái sinh mà không phải là tất cả. Có thể nói các quốc gia có điểm chung đều ghi nhận về tài sản phái sinh, nhưng phạm vi có khác nhau. Theo quan điểm của Uncitral, phạm vi này cần được mở rộng. Lý lẽ cho việc cần ghi nhận các tài sản phái sinh cũng thuộc TSBĐ xuất phát từ suy đoán mong muốn của các bên trong quan hệ bảo đảm: (i) Đầu tiên, chủ nợ có bảo đảm thường mong muốn có quyền bảo đảm không chỉ đối với bản thân tài sản mà còn đối với tất cả những gì mà tài sản tạo ra bất kể là hoa quả hoặc doanh thu tự nhiên và doanh thu dân sự, sản phẩm từ sản xuất hay tiền thu được từ việc định đoạt. (ii) Thứ hai, chủ nợ có bảo đảm thường yêu cầu bên cấp bảo đảm không xử lý TSBĐ mà không có sự cho phép của chủ nợ có bảo đảm. Nếu chủ nợ có bảo đảm không có quyền xử lý, việc xử lý trái phép TSBĐ ban đầu có thể làm mất hoặc giảm đáng kể khả năng dựa vào những tài sản đó để bảo đảm khoản nợ.<sup>293</sup>

<sup>293</sup> United Nations Commission on International Trade Law (2010), *Uncitral Legislative Guide on Secured Transaction*, Vienna, tr. 84.

Theo hướng dẫn của Uncitral năm 2010, phạm vi của QTS phải sinh rất rộng, bao gồm bất kỳ tài sản nào phát sinh từ QTS như: khoản thu được từ việc bán hoặc do định đoạt QTS theo phương thức khác, từ cho thuê hoặc cấp phép QTSBĐ, tài sản thu được từ chính tài sản phải sinh, hoa lợi, lợi tức của QTS, hoặc doanh thu từ QTS, cổ tức, tài sản được chia, tiền bảo hiểm và yêu cầu bồi thường phát sinh từ khiếm khuyết, hư hỏng hoặc mất mát của QTSBĐ<sup>294</sup>, có thể thấy cả hoa lợi, lợi tức cũng được Uncitral xem là tài sản phải sinh<sup>295</sup>. Sau này, trong Luật mẫu về giao dịch bảo đảm năm 2016, Uncitral vẫn tiếp tục kế thừa quy định này tại Điều 2 (bb)<sup>296</sup>. Theo đó, tài sản phải sinh được hiểu là bất kỳ tài sản nào, dưới bất kỳ hình thức nào có nguồn gốc từ hoặc nhận được đối với TSBĐ ban đầu<sup>297</sup>.

Pháp luật Việt Nam không đưa ra khái niệm hay phạm vi tài sản phải sinh đối với TSBĐ, dù vậy, Việt Nam vẫn có một số quy định liên quan đến điều chỉnh về tài sản phải sinh như bên nhận bảo đảm được trao quyền tự động về số tiền thu được từ việc bán tài sản thế chấp trong một số trường hợp trở thành tài sản thế chấp<sup>298</sup> hoặc các điều chỉnh liên quan đến hoa lợi, lợi tức thì ngược lại, chỉ xem là tài sản thế chấp khi có thỏa thuận (khoản 1 Điều 321 BLDS 2015). Điều 21 NĐ 21/2021/NĐ-CP không quy định về tài sản phải sinh, thay vào đó quy định về “biến động của TSBĐ”, theo đó, xác định TSBĐ khi tài sản bị chia, tách, sáp nhập hoặc tạo thành sản mới.

QTS là tài sản vô hình với rất nhiều các tài sản cụ thể mang tính đặc thù, và trong nhiều trường hợp, các quy định đối với TSBĐ nói chung với phạm vi hẹp như Việt Nam hiện nay, không thể vận dụng được đối với QTS, nếu có vận dụng thì cũng chưa thật sự thuyết phục, đặc biệt là trong việc xác định phạm vi của QTSBĐ. Trong khi đó, nếu các bên không có thỏa thuận rõ phạm vi thì quy định hiện hành chưa đủ sức để xác định một cách rõ ràng. Điều này liên quan đến hàng loạt các quy định như vật chính, vật phụ, hoa lợi, lợi tức hoặc vật có liên quan, hoặc dạng lợi ích khác mà pháp luật chưa dự liệu đầy đủ. Qua khảo sát các quy định về vấn đề này trong BLDS 2015, nhận thấy chủ yếu hướng đến tài sản hữu hình (Điều 110, Điều 313, Điều 314, Điều 321 BLDS 2015) và trong nhiều trường hợp không áp dụng được cho các QTS vô hình. Khảo sát các quy định liên quan đến QTSBĐ nhận thấy như sau:

<sup>294</sup> United Nations Commission on International Trade Law (2010), *Uncitral Legislative Guide on Secured Transaction*, tr. 460.

<sup>295</sup> Điều này có khác so với UCC, Điều 9 UCC (mục 9-102(64)) quy định về tài sản phải sinh, theo đó không bao gồm hoa lợi, lợi tức.

<sup>296</sup> United Nations Commission on International Trade Law, *Uncitral Model Law On Secured Transactions* 2016, Điều 2 (bb).

<sup>297</sup> United Nations Commission on International Trade Law (2020), *Uncitral Legislative Guide on Secured Transactions*, section II.A.7, tr. 25.

<sup>298</sup> Khoản 4 Điều 321 BLDS 2015, bên bảo đảm “Được bán, thay thế, trao đổi tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh. Trong trường hợp này, quyền yêu cầu bên mua thanh toán tiền, số tiền thu được, tài sản hình thành từ số tiền thu được, tài sản được thay thế hoặc được trao đổi trở thành tài sản thế chấp”.



**Đối với quyền đòi nợ**, trong trường hợp thế chấp quyền đòi nợ, nếu các bên trong mô tả không thể hiện đến phần lãi của quyền đòi nợ thì phần lãi này có được xác định là TSBĐ hay không vẫn còn nhiều tranh cãi, do vậy giải pháp tốt nhất hiện nay là cần mô tả cụ thể, chi tiết các QTSBĐ trong tình huống trên để tránh những tranh chấp. Bởi lẽ, vẫn có những quan điểm khác nhau về phần lãi trong quyền đòi nợ: lãi là vật phụ<sup>299</sup> hay là lợi tức<sup>300</sup>. Nếu lãi là vật phụ thì đương nhiên thuộc tài sản thế chấp (khoản 1 Điều 318 BLDS 2015), nếu lãi được xem là lợi tức thì theo phần lãi chỉ thuộc TSBĐ khi có sự thỏa thuận (Điều 321 BLDS 2015). Theo quan điểm của một tác giả, để bảo vệ người có quyền đã chấp nhận bảo đảm bằng quyền đòi nợ chúng ta nên theo hướng nếu không có thỏa thuận khác, lãi đương nhiên thuộc tài sản thế chấp<sup>301</sup>. Tuy nhiên, giải pháp này có vẻ không phù hợp đối với quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng tín dụng, khi việc trả lãi đối với quyền đòi nợ có thể được thực hiện hàng tháng, hàng quý, hàng năm. Do vậy, hợp lý nhất nên xác định phần lãi mà bên bảo đảm vẫn chưa nhận do chưa đến hạn trả lãi khi bắt đầu thực hiện xử lý TSBĐ là quyền đòi nợ thuộc TSBĐ. Khảo sát các bản án cho thấy, các quyền đòi nợ được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ hiện nay chủ yếu là quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng mua bán, hầu như không có quyền đòi nợ phát sinh từ hợp đồng tín dụng được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ nên thỏa thuận về lãi cũng ít được đề cập.

Tuy nhiên, có lẽ nhận thức được sự thiếu hành lang pháp lý về tài sản phát sinh, để tăng tính chắc chắn, an toàn, các NH có xu hướng thỏa thuận bao trùm, ví dụ thỏa thuận “*Tài sản thế chấp là quyền đòi nợ; toàn bộ quyền, quyền lợi và lợi ích của bên thế chấp phát sinh và hoặc gắn liền với quyền đòi nợ*”, và như vậy nếu quyền đòi nợ có phát sinh lãi cũng được thuộc TSBĐ và thực tiễn Tòa án cũng đã chấp nhận cách thỏa thuận này<sup>302</sup>. Trước đây, các bên trong quan hệ bảo đảm thường chỉ thỏa thuận “*TSBĐ nợ vay là quyền đòi nợ từ công ty...*”<sup>303</sup>.

**Bình luận:** Tòa án chấp nhận thỏa thuận của các bên về tài sản phát sinh liên quan đến quyền đòi nợ là phù hợp với nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận của các bên. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chưa dự liệu và chưa có quy định cụ thể về tài sản phát sinh liên quan đến quyền đòi nợ trong tình huống này. Và tình huống đặt ra là các bên không có sự thỏa thuận thì các tài sản phát sinh này có được trở thành TSBĐ theo cơ

<sup>299</sup> Khoản 2 Điều 110 BLDS 2015: “*Vật phụ là vật trực tiếp phục vụ cho việc khai thác công dụng của vật chính, là một bộ phận của vật chính, nhưng có thể tách rời vật chính*”.

<sup>300</sup> Khoản 2 Điều 109 BLDS 2015: “*Lợi tức là khoản lợi thu được từ việc khai thác tài sản*”.

<sup>301</sup> Xem thêm Đỗ Văn Đại (2017), *Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Việt Nam – Bản án và bình luận bản án (xuất bản lần thứ 3)*, Tập 2, NXB Hồng Đức-Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 124.

<sup>302</sup> Xem Bản án số 06/2019/KDTM-PT ngày 17/06/2019 của TAND tỉnh Thanh hóa.

<sup>303</sup>

Theo bản án số 38/2010/KDTM-PT ngày 16/7/2010 của Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại Đà Nẵng, hợp đồng thế chấp quyền đòi nợ được ký vào 29.01.2008; tương tự, theo bản án số 89/2016/KDTM-PT ngày 14/7/2016 của TAND cấp cao tại Hà Nội, hợp đồng thế chấp quyền đòi nợ ký ngày 9/6/2008.

chế tự động hay không vẫn đang là vấn đề cần phân tích và pháp luật Việt Nam hiện hành chưa có câu trả lời rõ ràng.

**Đối với cổ phần, phần vốn góp,** theo quy định chung của BLDS, bên thế chấp có quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp, trừ trường hợp hoa lợi, lợi tức cũng là tài sản thế chấp theo thỏa thuận (Điều 321 BLDS 2015). Tuy nhiên, nếu sử dụng quy định chung của BLDS trong trường hợp này có vẻ cũng chưa thật sự rõ ràng khi áp dụng đối với phần vốn góp, cổ phần; các quyền lợi nêu trên không hẳn đều là hoa lợi, lợi tức. Do vậy, trước khi có quy định hướng dẫn chi tiết hơn, khi giao kết hợp đồng thế chấp, các bên cần mô tả rõ các quyền trên có thuộc QTS thế chấp cùng với phần vốn góp hay không, đặc biệt là quyền mua phần vốn góp, mua cổ phần là những QTS liên quan nhưng có thể chưa phát sinh vào thời điểm thế chấp phần vốn góp, cổ phần. Không thỏa thuận rõ điều này có khả năng gây tranh chấp rất lớn bởi ngay cả khi vận dụng các quy định chung, quy định chuyên ngành cũng khó thể đưa ra một kết luận thống nhất rằng quyền mua phần vốn góp, mua cổ phần có thuộc TSBĐ. Ngoài ra, tại thời điểm bảo đảm, các quyền mua phần vốn góp, mua cổ phần cụ thể này có thể chưa có dấu hiệu nào sẽ hình thành có thể khiến các bên bỏ sót trong quá trình thỏa thuận.

Đối với các quyền được thông báo, quyền biểu quyết, quyền hưởng cổ tức từ phần vốn góp, cổ phần, về mặt lý luận, căn cứ vào bản chất biện pháp bảo đảm nói chung, thế chấp nói riêng, thế chấp phần vốn góp, cổ phần không dẫn tới việc chuyển giao quyền sở hữu phần vốn góp hay cổ phần cho chủ nợ có bảo đảm (Điều 317 BLDS), bên thế chấp vẫn là chủ sở hữu của phần vốn góp, cổ phần trong quá trình thế chấp. Với tư cách là thành viên góp vốn được ghi trong sổ đăng ký thành viên của công ty, bên thế chấp vẫn có quyền nhận lợi nhuận, lợi tức và các thông báo gửi cho thành viên của công ty cũng như được thực hiện mọi quyền biểu quyết gắn với tư cách thành viên của mình. Các quyền nhận lợi nhuận hay nhận thông báo, thông tin hay quyền biểu quyết của thành viên góp vốn là một số quyền cơ bản được LDN ghi nhận<sup>304</sup>. Tuy nhiên, pháp luật cần phải có quy định cụ thể về vấn đề này trong trường hợp thế chấp phần vốn góp, cổ phần để hạn chế tranh chấp. Theo đó, khi thế chấp phần vốn góp, cổ phần, nếu các bên không có thỏa thuận cụ thể thì cổ tức, quyền mua phần vốn góp, cổ phần không là TSBĐ. Điều này rất quan trọng trong bối cảnh pháp luật đã thừa nhận lợi tức, quyền mua cổ phần phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần có thể sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ một cách độc lập<sup>305</sup>. Các quyền nhận thông báo, quyền biểu quyết và các quyền khác của chủ sở hữu phần vốn góp, cổ phần vẫn thuộc về chủ sở hữu phần vốn góp.

<sup>304</sup> Khoản 1 Điều 49 LDN 2020 quy định quyền của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh; khoản 1 Điều 187 LDN 2020 quy định về quyền của thành viên trong hội đồng thành viên của công ty TNHH.

<sup>305</sup> Điều 15 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

Thực tiễn, để đảm bảo an toàn, khi thế chấp cổ phần, NH thường thỏa thuận theo hướng bao trùm các quyền và lợi ích phát sinh từ cổ phần đó. Và Tòa án đã tôn trọng sự thỏa thuận này của các bên, xác định các quyền lợi ích phát sinh thuộc phạm vi của QTSBĐ.

Ví dụ, Bản án số 747/2020/KDTM-PT ngày 5/8/2020 TAND TP HCM về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa NHTMCP Eximbank và bà Trần Thụy Băng T<sup>306</sup>. Eximbank có ký hợp đồng tín dụng với bà Trần Thụy Băng T cho vay số tiền 123.000.000.000 đồng. Tài sản bảo đảm là 7.687.500 cổ phiếu thế chấp tại NH Eximbank tính đến ngày 13/10/2017 tổng số lượng là 12.159.703 cổ phiếu hiện đang được Công ty Cổ phần Chứng khoán R phong tỏa thuộc quyền sở hữu của ông Nguyễn Văn M. Tại Mục 1.2 Điều 1 Hợp đồng bảo đảm số 93/2013/EIB.Q10/TC/KHCN ngày 21/05/2013 ký giữa Eximbank và bà Trần Thụy Băng T, ông Nguyễn Văn M thỏa thuận, nội dung: “*Tất cả các quyền lợi tài chính và các quyền khác phát sinh từ chứng khoán (như chứng quyền, cổ tức, trái tức, lợi tức, chứng khoán thưởng,...) cũng thuộc tài sản đảm bảo*”. Tòa án đã xác định trường hợp bà T không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ trả nợ nêu trên thì E có quyền phát mại TSBĐ là 12.159.703 cổ phiếu S (Mã STB) và “*các quyền phát sinh từ cổ phiếu của ông Nguyễn Văn M*”.

**Bình luận:** Thực tiễn cho thấy, để an toàn cho việc thu hồi nợ khi cần xử lý TSBĐ, NH thường thỏa thuận các quyền phát sinh từ cổ phần (biểu hiện bởi cổ phiếu) đều thuộc TSBĐ. Tuy nhiên, giả định rằng không có thỏa thuận về các quyền phát sinh thì các quyền lợi phát sinh từ cổ phiếu có thuộc TSBĐ hay không pháp luật vẫn chưa có câu trả lời chắc chắn. Như đã trình bày, có thể có rất nhiều quyền phát sinh, quyền nào được xem là TSBĐ, quyền nào không? Do vậy, cần có những hướng dẫn cụ thể.

Ngoài ra, bên cạnh việc có thể có những cách hiểu khác nhau về việc thế chấp phần vốn góp, cổ phần thì TSBĐ có bao gồm quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần hay không? Vấn đề càng phức tạp hơn khi mà các bên thường không dự liệu đến các quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần hình thành trong tương lai. Bởi lẽ, các quyền này có thể chưa hình thành, thậm chí chưa có bất kỳ dấu hiệu nào của quá trình hình thành nhưng sau đó khi thế chấp phần vốn góp, cổ phần thì chúng hình thành. Với quy định hiện tại, rõ ràng không thể tìm ra quy định để lập luận một cách thuyết phục rằng các QTS này có thuộc TSBĐ hay không? Bản án số 747/2020/KDTM-PT ngày 5/8/2020 TAND TP HCM cho thấy các bên đã thỏa thuận: “*Tất cả các quyền lợi tài chính và các quyền khác phát sinh từ chứng khoán (như chứng quyền, cổ tức, trái tức, lợi tức, chứng khoán thưởng,...) cũng thuộc tài sản đảm bảo*”. Tòa án đã xác định trường hợp bà T không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ trả nợ nêu trên thì E có quyền phát mại TSBĐ là 12.159.703 cổ phiếu S (Mã STB) và “*các quyền phát sinh từ cổ phiếu của ông Nguyễn Văn M*”. Mặc dù các

<sup>306</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 15.

bên đã thỏa thuận theo hướng “quét” tất cả các QTS phát sinh từ chứng khoán, nhưng liệu quyền được mua cổ phần có nằm trong số đó hay không vẫn cần có những quy định cụ thể.

Các bên không nên thể chấp QTS phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần nói chung vì như đã nêu khái niệm này pháp luật chưa có quy định rõ ràng, việc mô tả sẽ gặp khó khăn. Ở khía cạnh nhà làm luật, cũng cần dự liệu nếu các bên thỏa thuận chung về thể chấp QTS phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần mà không xác định rõ về cổ tức, về quyền mua phần vốn góp phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần thì cần có hướng dẫn xử lý như trong trường hợp thể chấp phần vốn góp theo đề xuất trên.

### **QTS đối với đối tượng quyền SHTT**

Luật SHTT của Việt Nam không có quy định về thể chấp QTS đối với đối tượng quyền SHTT, càng không quy định các vấn đề liên quan đến phạm vi của tài sản thể chấp là QTS đối với đối tượng quyền SHTT, thay vào đó vấn đề này được quy định trong các văn bản dưới luật. Hiện nay, đối với loại QTS này, ND 21/2021/NĐ-CP quy định liên quan đến phạm vi (khoản 6 Điều 21) như sau: “*Trường hợp tài sản đang dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà bên bảo đảm cài đặt, tích hợp phần mềm, hệ thống phần mềm phù hợp với quy định của pháp luật liên quan thì quyền tài sản đối với phần mềm, hệ thống phần mềm trong phạm vi tài sản bảo đảm này cũng là tài sản bảo đảm*”. Quy định này chỉ đề cập đến một khía cạnh nhỏ về biến động của TSBĐ, chưa điều chỉnh các tài sản phái sinh từ TSBĐ. Tham khảo Đạo luật Bằng sáng chế của Đài Loan (Patent Act), mục 138 (1), theo đó TSBĐ là bằng sáng chế bao gồm bằng sáng chế ban đầu và quyền đối với bằng sáng chế phái sinh<sup>307</sup>. Có thể thấy, Việt Nam cần những quy định chi tiết hơn về tài sản sinh phát sinh từ tài sản trí tuệ bảo đảm.

Theo Uncitral, mặc dù xác định phạm vi tài sản phái sinh khá rộng như đã phân tích, Uncitral cũng có giải thích thêm, đối với tài sản trí tuệ, quyền lợi bảo đảm của NH nhận bảo đảm không mở rộng đến các tài sản hữu hình (Điều 17 Luật mẫu của Uncitral về giao dịch bảo đảm năm 2016). Ví dụ, quyền lợi bảo đảm của NH đối với nhãn hiệu được bảo đảm sẽ không mở rộng cho bất kỳ các sản phẩm nào do công ty sản xuất mang nhãn hiệu đó. NH muốn nhận TSBĐ đối với các sản phẩm đó thì NH cần bổ sung chúng vào phần phần mô tả TSBĐ trong hợp đồng và cả trong bản đăng ký tại cơ quan đăng ký giao dịch bảo đảm.<sup>308</sup>

### **Tài sản gắn liền với QSDD**

<sup>307</sup> Patent Act, s 138(1) states: “A derivative design patent right shall be assigned, entrusted, inherited, licensed or pledged along with its original design patent.”

<sup>308</sup> Xem thêm United Nations Commission on International Trade Law, Uncitral Legislative Guide on Secured Transactions năm 2020, section II.A.7, tr. 23.

Trong quá trình giải quyết các tranh chấp liên quan đến QTSBĐ, việc xác định phạm vi tài sản được phép xử lý trong nhiều trường hợp gặp vướng mắc, khiến cho việc xử lý QTSBĐ gặp khó khăn, ảnh hưởng đến việc thu hồi nợ của NH, ảnh hưởng đến rủi ro tín dụng, tiêu biểu là QSDD. Các tranh chấp thường liên quan đến QSDD có tài sản gắn liền với đất.

Khi tài sản gắn liền với đất không là TSBĐ cùng với QSDD trong hợp đồng bảo đảm, khi đó, dưới góc độ QSDD và tài sản gắn liền với đất là một thể thống nhất về hiện trạng và tình trạng pháp lý, trường hợp này có cùng tính chất tương tự với TSBĐ bị trộn lẫn, bị sáp nhập. Vấn đề đặt ra trong trường hợp thế chấp QSDD mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và ngược lại, và chủ sở hữu QSDD đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất. Trong trường hợp này, về xử lý tài sản thế chấp, BLDS 2015 quy định “*tài sản được xử lý bao gồm cả QSDD và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*” (Điều 325, Điều 326 BLDS 2015). Đây là giải pháp quan trọng giải quyết được vấn đề dễ dàng chuyển giao tài sản khi xử lý do yếu tố thống nhất, gắn liền giữa QSDD và tài sản trên đất.

Tuy vậy, một vấn đề mới phát sinh liên quan đến phạm vi quyền lợi bảo đảm chưa được thể hiện trong quy định hiện hành tiếp tục gây bất cập. Cụ thể, khi thế chấp QSDD trong trường hợp này thì tài sản gắn liền với đất có thuộc tài sản thế chấp hay không và ngược lại. Điều này có ý nghĩa quan trọng trong quá trình thực thi xử lý TSBĐ nhằm xác định quyền ưu tiên của bên nhận bảo đảm đối với phần tài sản gắn liền với đất. Với một phạm vi TSBĐ khác nhau sẽ dẫn đến hệ quả quyền ưu tiên khác nhau. Tác giả đồng tình với nhận định về thực trạng pháp luật: “*Với quy định trên, có những vấn đề chưa rõ ràng khi xử lý TSBĐ của doanh nghiệp là: nếu một QSDD doanh nghiệp thế chấp cho nhiều nghĩa vụ bảo đảm thì tài sản gắn liền với đất thuộc về bên nhận thế chấp nào; đồng thời, nếu tài sản được xử lý không phải là tài sản thế chấp, thì khoản tiền thu được từ việc bán tài sản này có được thanh toán cho bên nhận thế chấp trong trường hợp các bên không có thỏa thuận hay vẫn thuộc tài sản của doanh nghiệp là bên có TSBĐ*”.<sup>309</sup> NĐ 21/2021/NĐ-CP không có hướng dẫn cụ thể về nội dung này, các quy định về “*biến động của TSBĐ*” hoặc “*đầu tư vào TSBĐ*” trong trường hợp này cũng không thật sự tương đồng để áp dụng. Tuy nhiên, về mặt lý luận, các bên đã thể hiện rõ phạm vi của TSBĐ trong hợp đồng bảo đảm, pháp luật đương nhiên phải tôn trọng sự thỏa thuận của họ. Nói cách khác, trường hợp thế chấp QSDD mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất cần hiểu rằng, để tiện việc xử lý, pháp luật cho phép xử lý cả QSDD và tài sản gắn liền với đất, tuy nhiên, quyền lợi bảo đảm chỉ giới hạn trong giá trị QSDD.

#### 4.1.4 Quy trình xử lý quyền tài sản bảo đảm

<sup>309</sup> Nguyễn Hải An, (2017), “Các quy định mới về biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2015 và tác động đến lợi ích của các doanh nghiệp”, Tạp chí *Khoa học pháp lý Việt Nam*, (02), tr. 60-68.

#### 4.1.4.1 Thời điểm xử lý

Thời điểm xử lý QTSBĐ được ghi nhận rải rác trong nhiều văn bản khác nhau, Bộ luật Dân sự, Luật các tổ chức tín dụng, Luật doanh nghiệp, Luật phá sản và các quy định khác có liên quan. Thông thường, thời điểm thực hiện xử lý QTSBĐ tiền vay là khi đến hạn trả nợ mà bên vay không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ (Điều 299 BLDS 2015, Điều 95 Luật Các TCTD 2010).

Trong một số trường hợp đặc biệt, QTSBĐ được xử lý khi NHTM phát hiện khách hàng cung cấp thông tin sai sự thật, vi phạm các quy định trong hợp đồng cấp tín dụng, dù nợ chưa đến hạn (Điều 95 Luật Các TCTD 2010); do doanh nghiệp giải thể, thời điểm xử lý có thể thực hiện trước khi thực hiện các hoạt động này, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác (Điều 207 Luật doanh nghiệp 2020). Hoặc trong trường hợp doanh nghiệp phá sản thì việc xử lý được thực hiện theo thủ tục phá sản, thời điểm xử lý phụ thuộc quy định và quá trình thực hiện thủ tục này (Luật phá sản doanh nghiệp 2014, Điều 95 Luật TCTD 2010). Trong NĐ 21/2021/NĐ-CP về bảo đảm nghĩa vụ, tại 1 Điều 4 cũng ghi nhận “*Trường hợp bên bảo đảm, bên nhận bảo đảm hoặc người có nghĩa vụ được bảo đảm bị tuyên bố phá sản thì việc thực hiện nghĩa vụ về tài sản, xử lý khoản nợ có bảo đảm và các biện pháp bảo toàn tài sản áp dụng theo quy định của pháp luật về phá sản*”.

Với tư cách là QTSB, thời điểm xử lý các QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ được xác định theo các quy định trên. Tuy nhiên, đối với một số QTS, sẽ có khác biệt nhất định.

Đối với quyền đòi nợ, trường hợp nghĩa vụ trả nợ đến hạn trước nghĩa vụ được bảo đảm, các bên có thể thỏa thuận về việc quản lý số tiền, tài sản thu được từ việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ của bên nợ để bảo đảm cho nghĩa vụ vay chưa đến hạn của bên bảo đảm. Đây là hoạt động liên quan đến xử lý quyền đòi nợ và hoạt động này được thực hiện trước khi bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ như là một giải pháp dự phòng.

Đối với phần vốn góp, cổ phần và QTS phát sinh từ phần vốn góp, cổ phần của cá nhân, tổ chức được dùng bảo đảm nghĩa vụ, do đặc điểm gắn liền với giá trị doanh nghiệp góp vốn nên khi doanh nghiệp này giải thể, chia tách, hoặc phá sản thì phần vốn góp, cổ phần cũng sẽ được xử lý.

#### 4.1.4.2 Nghĩa vụ thông báo về việc xử lý quyền tài sản bảo đảm của bên nhận bảo đảm

Nguyên tắc dung hòa và bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan đến TSBĐ đòi hỏi khi xử lý QTSBĐ các bên liên quan có quyền được biết và được tham gia, đó cũng đảm bảo nguyên tắc khách quan trong xử lý QTSBĐ, một mặt, vẫn thực hiện được tiến trình xử lý tài sản để NH có thể thu hồi nợ, mặt khác cũng tránh các giao dịch tư lợi có thể xảy ra ảnh hưởng đến quyền lợi của bên bảo đảm.

Trước đây, nghĩa vụ thông báo xử lý TSBĐ của bên nhận bảo đảm thể hiện tại Điều 61 NĐ 163/2006/NĐ-CP, hiện nay được quy định tại Điều 300 BLDS 2015 và hướng dẫn chi tiết thi hành tại Điều 51, Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP. Nghĩa vụ thông báo của bên nhận bảo đảm thể hiện ở các nội dung: (i) chủ thể được thông báo, (ii) thời điểm thông báo, (iii) nội dung và hình thức thông báo. Các yếu tố này tác động đến quyền, lợi ích của các chủ thể liên quan đến QTSBĐ.

### **Về chủ thể được thông báo**

Theo NĐ 163/2006/NĐ-CP, bên nhận bảo đảm xử lý TSBĐ chỉ có trách nhiệm thông báo cho các bên cùng nhận bảo đảm vì cho rằng đây là các bên có quyền trên TSBĐ và được nhận giá trị TSBĐ được xử lý. Tuy nhiên, quy định đã “bỏ quên” yếu tố rằng bên bảo đảm vẫn chịu ảnh hưởng quyền lợi nếu việc xử thiếu sự tham gia của họ dẫn đến những giao dịch có yếu tố tư lợi, ảnh hưởng đến giá trị được quy đổi của TSBĐ không tương xứng với giá trị thực tế của tài sản, sự tham gia của họ là cần thiết để bảo đảm việc xử lý đúng luật và phù hợp. Ngoài ra, các chủ thể thứ ba cũng có thể bị tác động đến quyền lợi từ TSBĐ như bên đang giữ, bảo quản tài sản, bên kiểm soát tài sản. Do đó, BLDS 2015 và NĐ 21/2021/NĐ-CP đã xác định các chủ thể cần được thông báo gồm: (i) bên bảo đảm, (ii) bên cùng nhận bảo đảm (nếu có), (iii) người giữ TSBĐ. Quy định hiện hành đã hướng đến việc dung hòa lợi ích của tất cả các bên liên quan đến TSBĐ, mà không riêng đối với bên nhận bảo đảm.

Việt Nam đã chấp nhận điểm yếu của quy định này khi chọn giải pháp quy định nghĩa vụ bắt buộc thông báo cho bên bảo đảm (và cả bên thứ ba) trước khi xử lý QTSBĐ. Quy định này cũng có những điểm tương đồng với một số nước trên thế giới như New Zealand, Úc<sup>310</sup>. Lý lẽ bảo vệ cho quy định này là: (i) bên bảo đảm ở vị thế khó thỏa thuận hơn so với bên nhận bảo đảm và vì vậy, bên bảo đảm có thể phải từ bỏ các cơ chế bảo vệ quyền của mình mà không hoàn toàn dựa trên ý chí thực sự của bên này, (ii) bên nhận bảo đảm không thể thực hiện hành vi tác động đến tài sản của người khác một cách im lặng.

Theo quy định hiện hành của Việt Nam, bên thứ ba cần được thông báo là bên giữ TSBĐ, điều này là hợp lý vì họ liên quan trực tiếp đến tài sản cần được xử lý. Tuy nhiên, đối với QTSBĐ, với tính chất vô hình, không thể nắm giữ về mặt vật chất thì cụm từ “giữ TSBĐ” chưa phản ánh rõ và bao quát được các loại tài sản. Đối với tài sản vô hình, không thể “giữ” như tài sản hữu hình, thay vào đó là “kiểm soát, chi phối” QTS. Ví dụ, TSBĐ là quyền đòi nợ thì bên thứ ba là bên có nghĩa vụ trả nợ; TSBĐ là quyền của quyền SHTT (quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT chẳng hạn) thì bên thứ ba có thể là chủ sở hữu quyền SHTT; đối với phần vốn góp trong công ty thì chủ thể thứ ba là công ty mà bên thế chấp đã góp vốn,... Với quy định hiện hành, chưa có cơ

<sup>310</sup> Mục 114 (1) Personal Property Securities Act of New Zealand 1999, mục 130 (1), (2), (3) The Personal Property Securities Act of Australia 2009.

sở chắc chắn rằng bên thứ ba được thông báo có phải là các đối tượng được nêu trên, cần có những quy định cụ thể hơn về bên thứ ba được thông báo trong trường hợp TSBĐ là các QTS.

Điều 9 UCC quy định trước khi tiến hành xử lý động sản, bên nhận bảo đảm phải thông báo cho bên bảo đảm trong khoảng thời gian hợp lý. UCC đưa ra quy định này trên cơ sở lập luận: bên bảo đảm cần được trao cơ hội nhận lại động sản hoặc ít nhất là tham gia vào quá trình xử lý động sản để đảm bảo việc xử lý đúng luật và phù hợp, bảo đảm công bằng trong dung hòa lợi ích của bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm.<sup>311</sup>

### **Thời điểm thực hiện nghĩa vụ thông báo**

Việc xử lý QTSBĐ là một quá trình từ chuẩn bị xử lý, thu giữ tài sản (nếu bên nhận bảo đảm không đang nắm giữ hoặc đang thực tế kiểm soát, chi phối QTSBĐ) và cuối cùng là định đoạt số phận pháp lý của QTSBĐ để giải phóng giá trị kinh tế của nó. Để đảm bảo nguyên tắc công khai, minh bạch khi xử lý QTSBĐ, việc thông báo phải được thực hiện trước khi xử lý. Với quy định hiện hành có thể hiểu rằng mốc thời điểm làm căn cứ xác định thời hạn thông báo chính là thời điểm định đoạt QTSBĐ về mặt pháp lý.

Trong Điều 300 BLDS 2015 có quy định việc thông báo trong thời hạn hợp lý. Trước yêu cầu cụ thể hóa quy định này, để thuận lợi cho các chủ thể áp dụng, Điều 51 NĐ 21/2021/NĐ-CP đã hướng dẫn về thời gian hợp lý: “... 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 TSBĐ”. Như vậy, yếu tố thời gian hợp lý đã được cụ thể hóa bằng số ngày cụ thể. Bên cạnh đó, Nghị định còn bổ sung thêm thời hạn do các bên thỏa thuận, thời hạn thực hiện nghĩa vụ thông báo được chấp nhận trong các trường hợp<sup>312</sup>: (i) do các bên thỏa thuận, (ii) 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<sup>313</sup>, (iii) chỉ cần thông báo trước khi xử lý trong một số trường hợp cụ thể<sup>314</sup>.

NĐ 21/2021/NĐ-CP đã tăng tính chủ động cho NH trong việc xử lý QTS khi thể hiện rõ các bên có thể tự thỏa thuận về thời hạn thông báo. Tuy nhiên, có thể gặp vướng mắc trong quá trình áp dụng.

*Thứ nhất*, với cách quy định của Nghị định, yếu tố thỏa thuận được nêu lên đầu tiên, vì thế có thể hiểu rằng trong trường hợp các bên không có thỏa thuận thì căn cứ

<sup>311</sup> Xem thêm Trương Thị Tuyết Minh, tldd (25), tr. 134.

<sup>312</sup> Khoản 4 Điều 51 Nghị NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>313</sup> Như vậy đối với QSDĐ thì thời hạn này là 15 ngày, đối với các QTS khác thì thời hạn là 10 ngày.

<sup>314</sup> Khoản 3 Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP, Một số QTSBĐ chỉ cần thông báo trước khi xử lý (bán) là có thể chấp nhận gồm chứng khoán niêm yết hoặc các động sản khác có thể xác định giá cụ thể, rõ ràng trên thị trường.



vào yếu tố thời gian hợp lý. Giả sử rằng các bên thỏa thuận “*NH chỉ thông báo trước một ngày trước khi xử lý TSBĐ*” có được chấp nhận không? Nếu theo ND 21/2021/NĐ-CP, theo hướng tôn trọng và ưu tiên sự thỏa thuận của các bên thì phù hợp, nhưng nếu căn cứ vào yếu tố “*thời hạn hợp lý*” theo Điều 300 BLDS 2015 thì không thỏa mãn.

*Tứ hai*, giả định một tình huống ngược lại, bên nhận bảo đảm đã thông báo cho bên bảo đảm trước 9 ngày, và thực tiễn cho thấy với 9 ngày này hoàn toàn có thể chứng minh được đây là khoảng thời gian hợp lý trong trường hợp cụ thể đó, tức thông báo thỏa mãn về “*khoảng thời gian được hình thành theo thói quen đã được xác lập giữa các bên hoặc là khoảng thời gian mà trong điều kiện bình thường, các bên trong hợp đồng bảo đảm, biện pháp bảo đảm hoặc chủ thể khác có quyền, lợi ích liên quan có thể thực hiện được quyền, nghĩa vụ của mình*”. Trường hợp này thông báo xử lý có được chấp nhận không? Nếu thời hạn hợp lý chỉ giới hạn trong con số theo ND 21/2021/NĐ-CP thì liệu quy định dưới luật có thu hẹp phạm vi quyền của bên nhận bảo đảm về thời hạn thông báo không. Vì thế, quy định con số để tiện việc áp dụng với ý nghĩa rằng rơi vào phạm vi đó, đương nhiên được xem là thời hạn hợp lý, tuy nhiên, cũng cần thừa nhận thời gian hợp lý khác nếu có cơ sở rõ ràng, cụ thể thể hiện yếu tố hợp lý.

### **Hình thức và nội dung thông báo xử lý QTSBĐ**

Theo quy định hiện hành, thông báo xử lý QTSBĐ phải được thể hiện dưới hình thức bằng văn bản và đảm bảo các nội dung tối thiểu: (i) Lý do xử lý QTSBĐ (ii) QTSBĐ sẽ bị xử lý; (iii) Thời gian, địa điểm xử lý QTSBĐ.

Quy định bên nhận bảo đảm có nghĩa vụ thông báo cho bên bảo đảm với mục tiêu dung hòa lợi ích của các bên. Tuy nhiên, quy định này cũng tạo nên một phản ứng ngược ở chỗ, thông qua thông báo, bên bảo đảm có thể biết được thông tin xử lý TSBĐ (QTSBĐ, thời gian, địa điểm,...) để tranh thủ tẩu tán hoặc có những hành vi gây khó khăn, cản trở cho việc xử lý. Điều này đã đi ngược lại với định hướng ban đầu của cơ quan lập pháp. Tuy vậy, với những lý lẽ bên nhận bảo đảm có quyền được tham gia vào quá trình xử lý QTSBĐ, Việt Nam đã chọn lựa quy định bắt buộc nghĩa vụ thông báo của bên nhận bảo đảm đối với bên bảo đảm.

#### **4.1.4.3 Thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý**

Thu giữ tài sản là một khâu trong quá trình xử lý TSBĐ, được thực hiện trong trường hợp TSBĐ đang đặt dưới sự quản lý của bên bảo đảm hoặc bên thứ ba. Bản chất của quá trình này là việc bên nhận bảo đảm thực hiện các biện pháp được pháp luật cho phép theo thỏa thuận hoặc luật định để thực hiện việc chiếm hữu thực tế đối với TS. Vì vậy, thực chất, quyền thu giữ chỉ phù hợp với các tài sản hữu hình.

Xét ở khía cạnh QTS, bên cạnh QSDD là tài sản đặc biệt, được đối xử tương tự như tài sản hữu hình. Trong trường hợp thế chấp QSDD, mảnh đất chủ thể có quyền sử dụng đất không được chuyển giao thực tế cho bên nhận bảo đảm, khi đó bên nhận bảo đảm cần thực hiện khâu thu giữ QSDD để xử lý.

### **Quy định thu giữ tài sản bảo đảm là QSDD**

Trong số các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, QSDD là dạng tài sản đặc biệt, trong vấn đề này được pháp luật điều chỉnh như các tài sản hữu hình, một bất động sản. Trong thế chấp QSDD, tài sản vẫn do bên thế chấp nắm giữ và khai thác mà không chuyển giao cho bên nhận thế chấp. QSDD có thể được thu giữ, chuyển giao về mặt vật chất như một tài sản hữu hình thông qua việc chiếm hữu thửa đất.

Với quy định hiện hành, khi nghĩa vụ chính bị vi phạm (nghĩa vụ được bảo đảm bởi tài sản), bên nhận thế chấp cũng không được phép tác động trực tiếp lên tài sản, không thể thu giữ tài sản mà chỉ có quyền yêu cầu bên thế chấp hoặc bên thứ ba đang giữ tài sản giao tài sản cho mình xử lý. Tức là nếu bên thế chấp hoặc bên thứ ba không giao tài sản cho mình xử lý thì chủ thể này chỉ có quyền khởi kiện yêu cầu Tòa án buộc bên vi phạm phải thực hiện nghĩa vụ mà không thể thực hiện các quyền đương nhiên của họ đối với TSBĐ (xem Điều 323 BLDS 2015). Nói cách khác, bên nhận bảo đảm không được phép tự cưỡng đoạt TSBĐ nếu bên bảo đảm hoặc người thứ ba không giao tài sản<sup>315</sup>.

Trước đó, NĐ 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm hướng dẫn thi hành BLDS 2005 đã từng cho phép bên nhận thế chấp có quyền thu giữ tài sản sau khi thông báo trước cho người giữ tài sản trong khoản thời gian hợp lý. NĐ 163/2006/NĐ-CP cũng đưa ra giải pháp về quyền yêu cầu Ủy ban nhân dân xã và cơ quan công an hỗ trợ cho việc thu giữ an toàn và trật tự. Tuy nhiên, cơ chế này cũng không được thực thi trên thực tế, bộ máy chính quyền và an ninh địa phương không thể được huy động để can thiệp vào quan hệ dân sự mang tính bình đẳng, tự thỏa thuận và định đoạt giữa các bên. Chính vì thế, để trực tiếp thu giữ tài sản, rõ ràng bên nhận bảo đảm rất khó để tự mình thu giữ tài sản bởi tự họ không thể cưỡng chế để thu giữ, vì vậy, nếu cần dùng sức mạnh cưỡng chế có khả năng dẫn đến sự lạm dụng dùng xã hội đen để thu giữ tài sản, ảnh hưởng đến an ninh trật tự. Có lẽ vì thế mà BLDS 2015 đã không còn ghi nhận quyền thu giữ tài sản của bên nhận bảo đảm.

Tuy nhiên, với tình hình nợ xấu gia tăng, cộng thêm sự thiếu hợp tác của bên bảo đảm trong việc giao tài sản cho bên nhận bảo đảm để xử lý đã gây rất nhiều khó khăn cho các NHTM trong thời gian qua, với việc không ghi nhận quyền thu giữ tài sản thì khả năng thực hiện xử lý tài sản đối với các khoản nợ xấu càng khó khăn hơn. Năm 2017, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ

<sup>315</sup> Ở Mỹ, cho phép bên nhận bảo đảm tự thu giữ TSBĐ đối với động sản, không áp dụng đối với bất động sản vì lo ngại sẽ ảnh hưởng đến đời sống của những người đang sống trong nhà được sử dụng để bảo đảm.

xấu của các TCTD khẳng định quyền thu giữ TSBĐ của các TCTD<sup>316</sup>, tuy nhiên theo Nghị quyết, TCTD chỉ có thể thu giữ TSBĐ nếu tại hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về việc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD, có quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu khi xảy ra trường hợp xử lý TSBĐ theo quy định của pháp luật<sup>317</sup>. Yêu cầu vấn đề thu giữ tài sản phải được thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm lại tiếp tục gây khó khăn trong thực thi vì trước đó có nhiều hợp đồng không có thỏa thuận vấn đề này. Hơn nữa, ngay cả trường hợp các bên không có thỏa thuận về việc thu giữ thì không có lý do chính đáng, hợp lý để quy định pháp luật cản trở quyền này của các NHTM, nếu NHTM đó áp dụng biện pháp thu giữ không trái luật. Ngoài ra, Nghị quyết cũng chỉ điều chỉnh trong trường hợp nhất định, chưa mang tính áp dụng chung.

Để thực thi Nghị quyết số 42/2017/NQ-QH, Tòa án đã thực hiện thủ tục xét xử rút gọn đối với những tranh chấp liên quan đến TSBĐ với bên nắm giữ TSBĐ, qua đó phần nào giảm được thời gian cho bên nhận thế chấp thay vì xét xử theo thủ tục thông thường. Qua phán quyết của Tòa án, bên nhận thế chấp thông qua cơ chế thi hành án để thu giữ tài sản và xử lý TSBĐ<sup>318</sup>. Theo đánh giá của những người làm công tác thực tiễn, với quy định của TAND tối cao về thủ tục xét xử rút gọn đã mang lại hiệu quả đáng kể trong việc giải quyết nợ xấu<sup>319</sup>. Tuy vậy, có thể thấy bản chất của vấn đề pháp lý vẫn chưa được giải quyết, quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm vẫn chưa được quy định mạnh mẽ và thực thi hiệu quả.

NĐ 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành các quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hiện nay cũng không theo hướng tạo điều kiện cho bên nhận bảo đảm có vật quyền thu giữ tài sản đúng nghĩa, theo đó chỉ cho phép bên nhận bảo đảm có quyền xem xét, kiểm tra thực tế TSBĐ để ngăn chặn việc tẩu tán TSBĐ, để xử lý hoặc yêu cầu tòa án giải quyết. Tuy nhiên, quy định cũng có điểm tiến bộ là ghi nhận trách nhiệm bồi thường thiệt hại của bên bảo đảm và người đang giữ tài sản trong trường hợp họ không giao TSBĐ theo thỏa thuận hoặc theo quy định pháp luật, không phối hợp hoặc có hành vi cản trở việc xem xét, kiểm tra thực tế TSBĐ<sup>320</sup>. Ở Pháp, hợp đồng thế chấp tài sản phải được công chứng mới có giá trị và bản thân chứng thư công chứng về thế chấp tài sản có đầy đủ hiệu lực ràng buộc như một bản án. Bởi vậy, trong

<sup>316</sup> Khoản 1 Điều 7 Nghị quyết số 42/2017/QH14 về thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng: “Trường hợp bên bảo đảm, bên giữ tài sản không giao TSBĐ cho tổ chức tín dụng[...] thì tổ chức tín dụng [...] được thu giữ TSBĐ theo quy định tại Điều này.”

<sup>317</sup> Điểm b khoản 2 Điều 7 Nghị quyết 42/2017/QH14.

<sup>318</sup> Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong giải quyết tranh chấp về xử lý nợ xấu, tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu tại Tòa án nhân dân.

<sup>319</sup> Văn Thành Khánh Linh, Võ Trung Tín, “Lãnh mạnh hóa hệ thống ngân hàng từ thực tiễn áp dụng Nghị quyết số 42/2017/QH14 về việc thí điểm xử lý nợ xấu tại các tổ chức tín dụng”, *Kỷ yếu hội thảo khoa học về “Nâng cao hiệu quả hoạt động của các ngân hàng thương mại Việt Nam: Từ góc độ pháp luật và quản trị”*, do Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức ngày 12/06/2019 tại Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 181-190.

<sup>320</sup> Xem Khoản 6, khoản 7, khoản 8 Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

trường hợp nợ không được trả một cách tự nguyện, chủ nợ có quyền yêu cầu các cơ quan có chức năng thi hành phán quyết của toà án cưỡng chế việc trả nợ chiếu theo chứng thư công chứng, mà không cần đưa vụ việc ra tòa<sup>321</sup>.

### **Thu giữ QTSBĐ không phải là QSDD**

Đối với các QTS khác như QTS đối với đối tượng quyền SHTT, quyền đòi nợ, phần vốn góp, cổ phần là những tài sản vô hình, không thể chiếm hữu về mặt vật chất. Vì thế, thu giữ QTSBĐ có thể hiểu là việc bên nhận bảo đảm nắm được các tài liệu, giấy tờ cũng như sự phối hợp của bên bảo đảm và bên thứ ba giúp bên nhận bảo đảm có thể kiểm soát được QTSBĐ.

QTS vô hình nên việc truy đòi QTS để xử lý không thể chiếm hữu về mặt vật chất thông qua thu giữ tài sản mà cần sự hợp tác, phối hợp của bên bảo đảm và bên thứ ba (nếu có). Trên cơ sở đó, bên nhận bảo đảm có thể chi phối, nắm giữ, kiểm soát QTSBĐ để thực hiện việc xử lý. Pháp luật hiện hành quy định trách nhiệm bồi thường của bên bảo đảm hoặc bên thứ ba khi gây thiệt hại trong trường hợp “*không giao tài sản bảo đảm*” hoặc “*không phối hợp hoặc có hành vi cản trở việc xem xét, kiểm tra thực tế tài sản bảo đảm*” (khoản 8 Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP) đã xác định rõ hơn trách nhiệm của bên nhận bảo đảm và người thứ ba. Tuy vậy, QTS vô hình nên với quy định này rất khó để xác định “giao” tài sản vô hình như thế nào. Trong khi đó, như đã trình bày, nhiều QTS tự thân chúng ngay từ đầu đã có liên quan đến chủ thể thứ ba tham gia kiểm soát QTS. Chẳng hạn, trong trường hợp TSBĐ là phần vốn góp, BLDS quy định người thứ ba giữ tài sản thế chấp có nghĩa vụ “*giao lại tài sản thế chấp cho bên nhận thế chấp [...] theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật*”<sup>322</sup>, “*bên bảo đảm hoặc người đang giữ tài sản bảo đảm có nghĩa vụ giao tài sản cho bên nhận bảo đảm theo thông báo về xử lý tài sản bảo đảm*”<sup>323</sup>. Rất khó có thể xác định rõ việc giao TSBĐ này được thực hiện theo cách nào trong trường hợp này. Tuy nhiên, có thể hiểu là quy định này đặt ra trách nhiệm đối với người đại diện theo pháp luật của công ty phải phối hợp để thực hiện các thủ tục chuyển quyền sở hữu cho bên mua hay bên nhận thế chấp nhận chính phần vốn góp thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm nêu trên<sup>324</sup>. Dù vậy, pháp luật cần có những quy định tường minh về

<sup>321</sup> Xem Ph. Malaurie và L. Aynès, Droit civil - Les sires. La publicité foncière, Defrènois, Paris, 2008. tr. 308 và kế tiếp. Trích theo Nguyễn Ngọc Điện, (2012), “Quy định về xử lý tài sản bảo đảm trong Nghị định số 163/2006/NĐ-CP và những vấn đề cần giải quyết tại thông tư liên tịch hướng dẫn xử lý tài sản bảo đảm”, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, (4), tr. 26.

<sup>322</sup> Điều 324 BLDS 215. Khoản 5 Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>323</sup> NĐ 21/2021/NĐ-CP.

<sup>324</sup> Bùi Đức Giang “Nhận tài sản đảm bảo là phần vốn góp, cổ phần từ quy định pháp luật đến thực tiễn”, Tạp chí Ngân hàng, [<http://tapchinganhang.gov.vn/nhan-tai-san-dam-bao-la-phan-von-gop-co-phan-tu-quy-dinh-phap-luat-den-thuc-tien.htm#:~:text=C%E1%BB%95%20ph%E1%BA%A7n%20trong%20c%C3%B4ng%20ty,g%C3%B3p%20C4%91%E1%BB%91i%20v%E1%BB%9Bi%20c%C3%B4ng%20ty>] (truy cập ngày 7/7/2021).

nghĩa vụ của các chủ thể có trách nhiệm trong công ty phối hợp với bên nhận bảo đảm khi xử lý TSBD là phần vốn góp. Đồng thời cũng xác định rõ thẩm quyền của NHTM nhận bảo đảm trong việc yêu cầu các chủ thể có trách nhiệm trong công ty thực hiện nghĩa vụ phối hợp để chuyển nhượng phần vốn góp khi xử lý TSBD là phần vốn góp.

Tương tự như vậy, đối với TSBD là cổ phần, khi xử lý tài sản này cần sự phối hợp của những người có trách nhiệm của công ty cổ phần. Việc chuyển giao hay phối hợp trong trường hợp này thực chất là tạo điều kiện thuận lợi cho bên xử lý nhằm kiểm soát và chuyển giao về mặt pháp lý cho chủ sở hữu nhận chuyển nhượng phần vốn góp hay cổ phần khi xử lý. Đặc biệt, trường hợp bên bảo đảm không hợp tác thì trách nhiệm phối hợp của bên thứ ba lại càng quan trọng trong việc xử lý QTSBD.

Đối với những cổ phần đã được niêm yết trên sàn chứng khoán, lúc bấy giờ cổ phần không tồn tại dưới dạng bút toán ghi sổ mà chúng tồn tại dưới dạng bút toán điện tử, trách nhiệm phối hợp trong trường hợp này chính là Trung tâm lưu ký chứng khoán, các công ty chứng khoán, các NHTM thực hiện việc thanh toán bù trừ. Hiện vẫn chưa có những quy định cụ thể về trách nhiệm của các chủ thể này trong việc phối hợp, hỗ trợ NHTM nhận bảo đảm trong việc xử lý loại QTSBD này. Điều này dẫn đến các chủ thể trên khó xác định cần hỗ trợ như thế nào cho đúng quy định pháp luật.

Việc truy đòi đối với quyền đòi nợ thể hiện ở việc yêu cầu bên bảo đảm, bên nợ hợp tác trong việc chi trả khoản nợ. Truy đòi QTS đối với đối tượng quyền SHTT thể hiện ở việc bên bảo đảm, bên liên quan (chẳng hạn, chủ sở hữu quyền SHTT trong trường hợp QTSBD là quyền của quyền SHTT) để bên nhận bảo đảm kiểm soát và xử lý QTSBD.

#### *4.1.4.4 Truy đòi quyền tài sản bảo đảm để xử lý*

Truy đòi QTSBD mặc dù không phải là một khâu tất yếu trong quá trình xử lý, nhưng nó không kém phần quan trọng khi TSBD đã bị chiếm hữu bởi bên thứ ba, hoặc chịu quản lý, kiểm soát của bên thứ ba. Quyền truy đòi (quyền theo đuổi<sup>325</sup>) là quyền của chủ thể có thể tác động vào TSBD ngay cả khi tài sản không còn nằm trong tay bên bảo đảm. Chẳng hạn, đối với quyền truy đòi, chủ sở hữu tài sản thế chấp (ngay cả chủ sở hữu này không phải là bên thế chấp) phải tôn trọng quyền kê biên tài sản của chủ nợ nhận thế chấp.

Trước đây, quyền truy đòi được quy định tại Điều 1353 Dân Luật thi hành tại các tòa Nam án Bắc kỳ được gọi là quyền để đương, theo đó, “quyền để đương là quyền của người mắc nợ giao cho chủ nợ, hễ nợ đến hạn thì được sai áp một bất động sản nào đó, dấu bất động sản ấy vào tay ai cũng mặc, để đem ra phát mại lấy tiền trừ

<sup>325</sup> Theo pháp luật Việt Nam, BLDS 2015 không sử dụng thuật ngữ “quyền theo đuổi” mà sử dụng “quyền truy đòi”, quyền truy đòi này phát sinh khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Khác với quyền của chủ thể có quyền đối với TSBD trong mối quan hệ với bên bảo đảm được áp dụng theo quy chế hợp đồng cũng như các quy định tương ứng về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể trong trái quyền để điều chỉnh.

nợ, trước các chủ nợ khác”. Các BLDS 1995, 2005 đã không kế thừa quy định này, đến BLDS 2015 tại Khoản 2 Điều 297 có ghi nhận “*Khi biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì bên nhận bảo đảm được quyền truy đòi tài sản bảo đảm...*”, sau đó Nghị định số 21/2021/NĐ-CP hướng dẫn thi hành cũng khẳng định mạnh mẽ nội dung này (Điều 7). Tuy nhiên, việc truy đòi QTSBĐ là một dạng tài sản vô hình thì vấn đề thu giữ QTS để xử lý hoàn toàn không giống như các tài sản hữu hình khác (trừ quyền sử dụng đất là một loại QTS đặc biệt), không thể nắm giữ, chiếm giữ tài sản như tài sản hữu hình mà phải thể hiện ở khả năng chi phối, kiểm soát QTS. Chẳng hạn, đối với những tài sản hữu hình như nhà ở, xe, tàu thuyền,... thì việc truy đòi thể hiện ở khả năng chiếm hữu về mặt vật chất đối với các tài sản này; tuy vậy đối với QTS vô hình, không thể chiếm hữu vật chất nên quyền truy đòi phải được thể hiện ở việc nắm giữ được những tài liệu, giấy tờ và thậm chí nắm giữ dữ liệu điện tử giúp bên nhận bảo đảm có thể kiểm soát được QTS bảo đảm và thuận lợi trong xử lý QTS bảo đảm này. Trừ trường hợp QTSBĐ đã được chuyên hóa thành tài sản hữu hình, khi đó việc thực hiện truy đòi được thực hiện đối với tài sản hữu hình.

Bên cạnh đó, có những QTS ngay từ ban đầu bản thân chúng có liên quan đến các chủ thể thứ ba như quyền đòi nợ, phân vốn góp,... Dễ dàng nhận thấy, khá nhiều các QTS bản thân chúng có liên quan đến chủ thể thứ ba, do vậy việc truy đòi QTS bảo đảm để xử lý cần sự hợp tác của bên thứ ba. Vì thế, quyền truy đòi QTS còn bao hàm việc bên thứ ba có liên quan hỗ trợ bên nhận bảo đảm bằng hành vi hoặc cung cấp tài liệu, giấy tờ nhằm đảm bảo rằng bên nhận bảo đảm có thể kiểm soát và xử lý QTS bảo đảm.

Ở nhiều nước trên thế giới, trong quan hệ bảo đảm, do TSBĐ chưa chuyển giao quyền sở hữu cho bên nhận bảo đảm và tài sản này hoàn toàn có thể chuyển giao cho các chủ thể khác, ngoài ý chí của chủ thể nhận bảo đảm<sup>326</sup>. Bởi lẽ, để đảm bảo quyền lợi, chủ thể mang quyền trong quan hệ bảo đảm không thể trông chờ vào sự hợp tác hay thiện chí của bên thứ ba mà phải có cơ chế vững chắc cho họ quyền đối với TSBĐ, bất kể tài sản đó ở đâu và thuộc quản lý của chủ thể này<sup>327</sup>. Tuy nhiên, Việt Nam có quy định khác hơn, thay vì cho phép bên nhận bảo đảm tự do chuyển nhượng tài sản thì luật lại hạn chế quyền định đoạt của chủ thể bảo đảm<sup>328</sup>. Nói cách khác,

<sup>326</sup> Ví dụ, theo BLDS Pháp, cho phép bên bảo đảm được chuyển nhượng tài sản đã sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ.

<sup>327</sup> Xem thêm Nguyễn Thị Oanh và các tác giả (2018), *Vật quyền trong pháp luật dân sự Việt Nam hiện đại*, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.

<sup>328</sup> Khoản 8 Điều 320 BLDS 2015 “*Không được bán, thay thế, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp, trừ trường hợp quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 321 của Bộ luật này*”, khoản 2 Điều 313 BLDS 2015 “*Không được bán, trao đổi, tặng cho, sử dụng tài sản cầm cố để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác.*”

pháp luật Việt Nam không mạnh mẽ ghi nhận vật quyền truy đòi TSBĐ của bên nhận bảo đảm dù tài sản đó đang nằm trong tay ai<sup>329</sup>.

Tuy nhiên, pháp luật hiện hành gần đây đã khẳng định mạnh hơn về quyền truy đòi của bên nhận bảo đảm, theo đó quyền của bên nhận bảo đảm đối với TSBĐ trong biện pháp bảo đảm đã phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba *không thay đổi hoặc không chấm dứt trong trường hợp TSBĐ bị chuyển giao cho người khác* do mua bán, tặng cho, trao đổi, chuyển nhượng, chuyển giao khác về quyền sở hữu; chiếm hữu, sử dụng hoặc được lợi về TSBĐ không có căn cứ pháp luật và không thuộc trường hợp pháp luật quy định không thể truy đòi<sup>330</sup>. Mặc dù vẫn giữ nguyên tắc bên bảo đảm không được chuyển giao TSBĐ nhưng nếu có sự chuyển giao TSBĐ thì quyền truy đòi của bên nhận bảo đảm vẫn không bị ảnh hưởng, không cần xem xét đến những yếu tố của giao dịch sau khi quyền truy đòi đã được xác lập, trừ một số trường hợp đã được pháp luật quy định. Như vậy, quy định hiện nay, QTSBĐ vẫn không được phép chuyển giao cho người khác bởi bên bảo đảm do mua bán, tặng cho, trao đổi, chuyển nhượng nhưng đã khẳng định mạnh mẽ hơn quyền truy đòi của bên nhận bảo đảm rằng một khi đã xác lập được quyền truy đòi, không cần xem xét đến giá trị hiệu lực của các giao dịch do bên bảo đảm chuyển giao cho người khác. Có thể thấy với điều kiện cụ thể về văn hóa - xã hội của Việt Nam hiện nay, các tranh chấp liên quan đến TSBĐ vẫn còn phổ biến và phức tạp, nên chưa cho phép bên bảo đảm chuyển giao tài sản như trên là phù hợp. Tuy nhiên, về lâu dài vẫn có thể tính đến quy định cho phép chuyển giao này đối với TSBĐ nói chung, QTSBĐ nói riêng.

Theo Điều 115 BLDS 2015, QTS gồm QSDĐ và các QTS khác, như đã phân tích, QSDĐ là một loại QTS đặc biệt, việc nhà làm luật xếp QSDĐ là QTS không xuất phát từ đặc tính vô hình và trên thực tế QSDĐ được đối xử như một tài sản hữu hình. Vì vậy, việc truy đòi QSDĐ bảo đảm sẽ không giống như truy đòi QTS vô hình khác. Truy đòi QSDĐ bảo đảm được thể hiện rõ nét qua việc thu giữ tài sản từ bên thứ ba, truy đòi các QTS khác thể hiện rõ nét qua việc yêu cầu sự hợp tác của bên bảo đảm, bên thứ ba trong việc tạo điều kiện cho bên nhận bảo đảm có thể nắm quyền kiểm soát và xử lý QTS bảo đảm.

Pháp luật Việt Nam chưa ghi nhận mạnh mẽ quyền truy đòi QTSBĐ, đặc biệt là đối với các tài sản phát sinh từ QTSBĐ, bao gồm cả trường hợp QTSBĐ đã chuyển hóa thành tài sản khác. Theo NĐ 21/2021/NĐ-CP, trừ trường hợp khác do pháp luật quy định, nếu TSBĐ không còn hoặc bị thay thế mà có tài sản mới phát sinh hoặc có tài sản được thay thế thì tài sản này trở thành TSBĐ (khoản 10 NĐ 21/2021/NĐ-CP). Quy định này cũng chỉ dừng lại ở một lần chuyển hóa của QTSBĐ, nếu tài sản này lại

<sup>329</sup> Mặc dù thực tế, các bên nhận bảo đảm, đặc biệt là các tổ chức tín dụng không đồng tình với quy định cho phép bên bảo đảm có thể bán, chuyển nhượng TSBĐ. Điều này xuất phát từ việc họ quan ngại khả năng kiểm soát TSBĐ và khó khăn hơn trong thu giữ TSBĐ để xử lý.

<sup>330</sup> Điều 7 NĐ 21/2021/NĐ-CP.

tiếp tục hình thành một tài sản mới thì chưa có cơ sở pháp lý để xác định tài sản này là TSBD.

#### 4.1.4.5 Quy định về phương thức xử lý quyền tài sản bảo đảm

Phương thức xử lý TSBD là cách thức định đoạt tài sản theo luật định hoặc do các bên thỏa thuận để thu hồi số nợ còn thiếu bằng việc giải phóng giá trị kinh tế của QTSBD. Vì vậy, hệ quả của việc xử lý có 2 trường hợp: (1) nếu kết quả xử lý QTSBD không đủ để thực hiện nghĩa vụ trả nợ còn thiếu, thì bên vay phải tiếp tục thực hiện trả số tiền còn thiếu<sup>331</sup>; (2) nếu việc xử lý QTS đem lại số tiền lớn hơn so với số nợ, thì bên nhận bảo đảm phải trả lại cho bên bảo đảm số tiền thừa (sau khi trừ các chi phí liên quan).

QTSBD sẽ được xử lý theo phương thức do các bên đã thỏa thuận trong hợp đồng bảo đảm. Trong trường hợp không có thỏa thuận, QTS sẽ được bán đấu giá, trừ trường hợp luật có quy định khác (Điều 303 BLDS 2015). Theo đó, các phương thức xử lý TSBD theo thỏa thuận là: (i) bán đấu giá tài sản; (ii) bên nhận bảo đảm tự bán tài sản; (iii) bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm; và (iv) phương thức khác.

Phương thức xử lý QTSBD được quy định chi tiết từ Điều 54 đến Điều 59 NĐ 21/2021/NĐ-CP. Xuất phát từ đặc thù của các QTS, trường hợp các bên không thỏa thuận về phương thức xử lý QTS, bên nhận bảo đảm cũng có quyền tự bán TSBD với điều kiện QTSBD “có thể xác định được giá cụ thể, rõ ràng trên thị trường”<sup>332</sup>. Quy định này xuất phát từ việc đảm bảo tính nhanh chóng, hiệu quả trong việc xử lý QTSBD, hạn chế thiệt hại do giá trị QTSBD bị giảm sút cũng như tránh tốn thêm chi phí, công sức kéo dài việc xử lý không cần thiết. Việc xác định tiêu chí về giá trong trường hợp này được tin rằng đây là giá công bằng, đảm bảo quyền lợi của bên nhận bảo đảm nhưng cũng không ảnh hưởng đến lợi ích chính đáng của bên bảo đảm. Quy định về các QTSBD bên nhận bảo đảm có thể tự bán, các QTS cụ thể gồm: chứng khoán niêm yết, hàng hóa trên sàn giao dịch hàng hóa hoặc động sản khác, quyền đòi nợ, khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác; giấy tờ có giá, chứng khoán, số dư tiền gửi. Pháp luật cũng quy định theo hướng mở, bên cạnh các QTS được liệt kê, các QTS khác (trừ QSDĐ) thỏa tiêu chí về “*giá cụ thể, rõ ràng trên thị trường*” thì bên nhận bảo đảm có thể tự bán mà không cần thông qua đấu giá hoặc sự đồng ý của bên bảo đảm.

Về tinh thần quy định bên nhận bảo đảm có thể bán QTSBD trong điều kiện nhất định theo pháp luật Việt Nam có điểm tương đồng với một số nước khác trên thế giới. Tuy nhiên, quy định tiêu chí cụ thể để xác định quyền tự bán TSBD có những

<sup>331</sup> Trường hợp tiền vay đồng thời dực bảo lãnh bởi bên thứ ba thì bên bảo lãnh có trách nhiệm tiếp tục trả khoản nợ còn thiếu.

<sup>332</sup> Điều Khoản 3 Điều 52 NĐ 21/2021/NĐ-CP.



điểm khác biệt. Theo UCC, bên nhận bảo đảm có thể bán động sản bảo đảm nếu thỏa tiêu chí về “*điều kiện thương mại hợp lý*” thay vì tiêu chí “*giá cụ thể, rõ ràng*” như ở Việt Nam. Hoặc theo pháp luật của Úc, bên nhận bảo đảm tự mình định đoạt tài sản với điều kiện bên nhận bảo đảm có nghĩa vụ “*thiện chí, trung thực khi tiến hành xử lý tài sản bảo đảm*”<sup>333</sup>.

Tại Điều 9-610 (a) của UCC có quy định, sau khi sự việc vi phạm của bên bảo đảm xảy ra “*bên nhận bảo đảm có quyền bán, cho thuê, cấp phép sử dụng hoặc thực hiện phương thức định đoạt khác đối với TSBĐ phù hợp với điều kiện thương mại hợp lý*”. Quy định này cho thấy, việc định đoạt TSBĐ không phụ thuộc vào bên bảo đảm. Thực tiễn giải quyết của các nước trên thế giới cũng thể hiện điều này, chẳng hạn trong vụ *Suntrust Bank v Wasserman*, 2013 NY Slip Op 31920(U)<sup>334</sup>, trong vụ việc này thẩm phán đã thừa nhận việc bán tài sản của bên nhận bảo đảm là đúng vì đã phù hợp với điều kiện thương mại hợp lý. Việc định đoạt TSBĐ được coi là phù hợp với điều kiện thương mại hợp lý nếu được thực hiện: (1) Trong điều kiện thông thường trên bất kỳ thị trường nào được thừa nhận; (2). Theo giá hiện thời trên thị trường được thừa nhận tại thời điểm định đoạt; hoặc (3) phù hợp với tập quán thương mại giữa các nhà kinh doanh về loại tài sản thuộc đối tượng xử lý.

So sánh quy định pháp luật về quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm thông qua tiêu chí được phép định đoạt, có thể thấy pháp luật Hoa Kỳ và Úc quy định rộng và linh hoạt hơn ở Việt Nam. Pháp luật Việt Nam giới hạn ở giá “*rõ ràng, cụ thể*”, đối với Hoa Kỳ điều kiện thương mại hợp lý với tập hợp nhiều tiêu chí, liên quan đến phương pháp, cách thức, thời gian tiến hành, loại tài sản, tình trạng tài sản, địa điểm thực hiện. Giá cả không cần phải được thể hiện tường minh “*cụ thể, rõ ràng*” mà chỉ cần theo thời giá thị trường được thừa nhận tại thời điểm định đoạt. Như vậy, điều kiện thương mại hợp lý để bên nhận bảo đảm có thể tự bán TSBĐ theo pháp luật Hoa Kỳ không chỉ giới hạn ở các tài sản có giá “*rõ ràng, cụ thể*”. Tương tự như vậy, pháp luật của Úc cũng cho phép định đoạt TSBĐ nếu thỏa mãn yếu tố thiện chí, trung thực. Nói cách khác, ở một số nước trên thế giới, bên nhận bảo đảm có quyền áp dụng bất kỳ phương thức định đoạt nào đối với TSBĐ khi xảy ra sự kiện vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm miễn rằng việc định đoạt tài sản này được thực hiện trong điều kiện thương mại hợp lý hoặc một cách thiện chí, trung thực.

Trên cơ sở giao dịch bảo đảm, bên nhận bảo đảm được trao quyền xử lý QTSBĐ khi sự kiện xử lý xảy ra. Dĩ nhiên, trong trường hợp không có thỏa thuận, bên nhận bảo đảm hoàn toàn có thể định đoạt QTSBĐ qua bán đấu giá. Tuy vậy, thực hiện việc bán đấu giá sẽ tốn nhiều công sức, chi phí và có thể gây thiệt hại do tài sản bị

<sup>333</sup> Xem thêm Điều 123 Luật về các biện pháp bảo đảm bằng động sản năm 2009 của Úc (PPSA 2009).

<sup>334</sup> *Suntrust Bank v Wasserman*, 2013 NY Slip Op 31920 (U), trích dẫn lại từ Lê Thị Thu Thủy (2016), “Bảo đảm sự thuận lợi, công bằng và hợp lý trong việc tự xử lý TSBĐ khi vi phạm nghĩa vụ trả nợ theo các hợp đồng tín dụng”, Tạp chí Luật học, (02), tr. 58.

giảm giá trị nếu không được bán nhanh chóng, ngoài ra, trong một số QTS với đặc tính của chúng (chứng khoán niêm yết, khoản tiền gửi, quyền đòi nợ,..) không cần thiết, cũng như không phù hợp cho việc bán đấu giá.

Nhìn nhận quyền định đoạt QTSBĐ dưới khía cạnh lý thuyết vật quyền và trái quyền. Tính trái quyền thể hiện ở việc định đoạt phụ thuộc vào sự thỏa thuận với bảo đảm, tính vật quyền thể hiện ở chỗ khả năng tự bán tài sản mà không cần có sự thỏa thuận với bên bảo đảm. Với bản chất của xử lý QTSBĐ là nhằm mục đích cho bên nhận bảo đảm thu hồi nợ, do vậy yếu tố vật quyền cần được hướng đến nhiều hơn để thuận lợi cho mục đích xử lý. Tất nhiên, việc định đoạt vẫn đảm bảo được nguyên tắc dung hòa lợi ích của các bên, sao cho vừa đảm bảo được quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm, vừa không xâm hại đến quyền lợi chính đáng của bên bảo đảm. Trong quy định của UCC và pháp luật Úc về điều kiện để bên nhận bảo đảm có thể tự định đoạt QTSBĐ cao hơn ở Việt Nam thể hiện ở khả năng bao phủ tất cả các loại TSBĐ mà bên nhận bảo đảm có thể định đoạt (tự bán). Với điều kiện này cũng đã quan tâm đến lợi ích của bên thứ ba ở khía cạnh bên nhận bảo đảm không được bán một cách hoàn toàn tự do mà phải thỏa mãn điều kiện nhất định. Việc xây dựng và hoàn thiện các tiêu chí phù hợp để đảm bảo vật quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm nhằm đảm bảo hiệu quả trong xử lý QTSBĐ nên là mục tiêu cần hướng đến trong xây dựng pháp luật về xử lý QTSBĐ.

#### *4.1.5 Xác định thứ tự ưu tiên khi xử lý quyền tài sản bảo đảm*

Quyền ưu tiên cho phép bên nhận bảo đảm dành được sự ưu tiên trong việc tiếp cận, nhận được lợi ích từ việc xử lý QTSBĐ. Mục đích của quy định về quyền ưu tiên là giải quyết những xung đột lợi ích có thể xuất hiện không chỉ giữa các chủ nợ cùng nhận bảo đảm mà cả những chủ nợ khác có liên quan QTSBĐ một cách công bằng, minh bạch, khoa học và hợp lý.

Trước đây, thứ tự ưu tiên thanh toán được quy định tại NĐ 163/2006/NĐ-CP (Điều 6 và rải rác trong một số điều khoản khác của Nghị định). Hiện nay được quy định tại BLDS 2015 (Điều 308) và NĐ 21/2021/NĐ-CP (thể hiện trong quy định về hiệu lực đối kháng và xử lý QTSBĐ). Như đã trình bày trong phần cơ sở của quyền ưu tiên, các quy định về thứ tự ưu tiên đều được xây dựng dựa trên nguyên tắc chung: (i) thứ tự hiệu lực đối kháng, (ii) thứ tự thời gian. Trong đó, nguyên tắc hiệu lực đối kháng được xem xét đầu tiên.

Nguyên tắc chung nêu trên là trụ cột của việc xác định quyền ưu tiên, tuy nhiên, vẫn có những trường hợp việc áp dụng nguyên tắc chung sẽ không hợp lý, không đảm bảo sự công bằng. Vậy nên, pháp luật của các nước đã xây dựng các trường hợp ngoại lệ, đặc thù mà đối chiếu với nguyên tắc chung có thể có sự khác biệt.

#### 4.1.5.1 Thứ tự ưu tiên giữa các bên cùng nhận bảo đảm bằng một quyền tài sản

Việt Nam cũng giống như các quốc gia trên thế giới quy định thứ tự ưu tiên giữa các bên cùng nhận bảo đảm dựa vào yếu tố hiệu lực đối kháng và yếu tố thời gian. Yếu tố hiệu lực đối kháng được ưu tiên xem xét trước: (i) trường hợp các biện pháp bảo đảm đều phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba, biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng trước sẽ được ưu tiên thanh toán; (ii) biện pháp bảo đảm có phát sinh hiệu lực đối kháng sẽ được ưu tiên thanh toán trước biện pháp bảo đảm không có hiệu lực đối kháng. Trường hợp các biện pháp đều không phát sinh hiệu lực đối kháng thứ tự thanh toán xác định theo thứ tự thời gian xác lập giao dịch bảo đảm.

Hiệu lực đối kháng được xây dựng trên cơ sở đăng ký hoặc chiếm giữ, nắm giữ tài sản, thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba từ khi đăng ký biện pháp bảo đảm hoặc bên nhận bảo đảm nắm giữ hoặc chiếm giữ TSBĐ (Điều 297 BLDS 2015). Kết hợp với quy định về các biện pháp bảo đảm thì có thể xác định thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng như sau: đối với biện pháp thế chấp hoặc bảo lưu quyền sở hữu, hiệu lực đối kháng phát sinh kể từ thời điểm đăng ký; đối với biện pháp cầm cố, hiệu lực đối kháng phát sinh từ thời điểm đăng ký hoặc từ thời điểm bên nhận bảo đảm nắm giữ, chiếm giữ tài sản; đối với biện pháp cầm giữ, hiệu lực đối kháng phát sinh từ thời điểm bên đang nắm giữ hợp pháp tài sản chiếm giữ tài sản. Trước đây, BLDS 2005 chỉ giới hạn biện pháp bảo đảm có đăng ký hay không, còn BLDS 2015 mở rộng ra đối với biện pháp bảo đảm có đối kháng hay không. Theo đó không chỉ dựa vào việc đăng ký mà còn dựa vào việc nắm giữ, chiếm giữ TSBĐ. Như vậy, có thể thấy, nguyên tắc xác định thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận bảo đảm trong BLDS 2015 là phù hợp với thực tế và thông lệ quốc tế. Để làm rõ hơn nội hàm của việc nắm giữ, chiếm giữ tài sản, NĐ 21/2021/NĐ-CP cũng định nghĩa “*Nắm giữ tài sản bảo đảm quy định tại khoản này là việc bên nhận bảo đảm trực tiếp quản lý, kiểm soát, chi phối tài sản bảo đảm hoặc là việc người khác quản lý tài sản bảo đảm theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật nhưng bên nhận bảo đảm vẫn kiểm soát, chi phối được tài sản này*”.

Quy định về thứ tự ưu tiên giữa các bên cùng nhận bảo đảm thể hiện sự tiến bộ, tuy nhiên, vẫn còn bất cập ở chỗ: theo quy định hiện hành, thứ tự ưu tiên được xác lập trên cơ sở đăng ký, nắm giữ, chiếm giữ tài sản, pháp luật đã chưa dự liệu trường hợp một QTS được nhiều chủ thể nhận bảo đảm, trong đó một bên nhận bảo đảm đăng ký biện pháp bảo đảm, một bên khác nắm giữ QTSBĐ cùng thời điểm thì bên nhận bảo đảm nào được ưu tiên hơn pháp luật vẫn chưa có câu trả lời.

#### 4.1.5.2 Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và với bên tài trợ vốn cho quyền tài sản mua

Bên tài trợ tín dụng cho QTS mua có thể là: (i) bên tài trợ vốn tiền tệ để bên này có thể mua QTS (thường được gọi là QTS hình thành từ vốn vay), (ii) bên tài trợ tín

dụng thương mại (thường được gọi là bên bán có bảo lưu quyền sở hữu). Bảo lưu quyền sở hữu là một trong hai biện pháp bảo đảm được quy định mới trong BLDS 2015 (biên pháp thứ hai là cầm giữ tài sản). Bảo lưu quyền sở hữu được hình thành trên cơ sở hợp đồng mua bán, quyền sở hữu có thể được bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ. Bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký. Ở một khía cạnh khác, pháp luật hiện hành cho phép bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS hình thành trong tương lai. Trong trường hợp đối tượng hình thành trong tương lai và đối tượng của hợp đồng mua bán là một, vậy chủ thể nào có quyền ưu tiên đối với TSBĐ trong trường hợp này? Pháp luật Việt Nam và các nước có khác nhau không?

Vụ việc trong Quyết định của Tòa phúc thẩm British Columbia về vụ *Contech Enterprises Inc. v. Vegherb, LLC* (2015 BCCA 99 [Contech], rev'g 2015 BCSC 129 [Contech BCSC]) là một ví dụ<sup>335</sup>. Công ty Contech đã cấp các thỏa thuận bảo đảm chung (general security agreements -GSAs) cho các nhà tài chính khác nhau. Sau đó, nó đã đồng ý mua tất cả các tài sản (chủ yếu là tài sản trí tuệ) (intellectual property, IP) của Vegherb. Chỉ một phần của giá mua đã được thanh toán tại thời điểm thỏa thuận. Phần còn lại (hơn 2 triệu đô la) sẽ được trả góp. Các IPR của Vegherb đã được cấp phép cho Contech với quyền sở hữu vẫn còn thuộc Vegherb, cấu thành quyền lợi bảo đảm trên tài sản mua đã được đăng ký và hoàn thiện theo Đạo luật bảo đảm tài sản cá nhân của British Columbia (British Columbia's PPSA, BC PPSA), được mặc định trong các khoản thanh toán trả góp cho Vegherb. Contech đã đệ trình để tổ chức lại thương mại theo Đạo luật về mất khả năng thanh toán và Phá sản liên bang (1985) (BIA). Theo đề xuất, quyền lợi của Vegherb đối với IP sẽ bị hủy bỏ và Contech sẽ được tuyên bố là chủ sở hữu của IP. Đề xuất này đã bị Vegherb phản đối, về cơ bản là trên cơ sở nó được ưu tiên hơn đối với IP và với đề xuất này sẽ chiếm đoạt quyền lợi của Vegherb đối với IP một cách hiệu quả và phân phối lại cho các chủ nợ có bảo đảm khác. Và cuối cùng, Tòa án đã thừa nhận chủ nợ nhận bảo đảm (Vegherb) trong quan hệ bảo lưu quyền sở hữu đối với các quyền SHTT (IPRs) được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ bảo đảm khác đã xác lập trước đó. Sự đặc biệt ở chỗ Tòa án đã ưu tiên cho nhà tài trợ vốn mà không dựa vào nguyên tắc chung về thứ tự ưu tiên được xác lập theo thứ tự thời gian xác lập biện pháp bảo đảm.

**Bình luận:** Phán quyết của Tòa phúc thẩm đã được giới học thừa nhận và đánh giá cao<sup>336</sup>. Điều đó cho thấy sự đúng đắn của quyết định. Việc xác định Vegherb có quyền ưu tiên hơn các chủ nợ khác dựa trên lý lẽ: Vegherb có lợi ích bảo đảm bằng tài sản mua (PMSI) đối với IP và việc đăng ký kịp thời bảo đảm tại Cơ quan đăng ký bảo

<sup>335</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 8.

<sup>336</sup> Siebrasse, N., & Duggan, A. , (2015), "Intellectual Property Dealings and the PPSA: Contech Enterprises Ltd v. Vegherb", LLC. *Intellectual Property Journal*, 28(1), tr. 21-31. Có thể truy cập bài viết tại <https://www.proquest.com/docview/1752516924?fromopenview=true&pq-origsite=gscholar>.

đảm tài sản cá nhân (Personal Property Security Register, PPR) đã mang lại cho nó quyền “siêu-ưu tiên” (“super -priority”) so với lợi ích bảo đảm đã đăng ký trước của các nhà tài trợ khác. Bởi vì Vegherb được ưu tiên hơn các nhà tài chính nói chung, nên việc xếp Vegherb vào cùng loại với những chủ nợ khác là không phù hợp vì họ thiếu điểm chung cần thiết về lợi ích.

Trong vụ việc trên, nhìn nhận ở góc độ quy định pháp luật Việt Nam thì thứ tự ưu tiên trong trường hợp này là thứ tự đăng ký biện pháp bảo đảm hay thứ tự phát sinh hiệu lực đối kháng (Điều 308 BLDS 2015). Pháp luật Việt Nam chưa có quy định ngoại lệ gọi là “siêu ưu tiên” đối với bên tài trợ vốn. Và vì thế, với tình huống này, không có cơ sở pháp lý cho việc bảo vệ quyền lợi thỏa đáng cho chủ thể như Vegherb là bên tài trợ vốn.

Tham khảo pháp luật Mỹ thì thấy để bảo đảm lợi ích của các nhà tài trợ vốn, pháp luật Hoa Kỳ có quy định một biện pháp bảo đảm, đó là lợi ích bảo đảm trên tài sản mua (PMSI<sup>337</sup>)<sup>338</sup>. Lợi ích bảo đảm trên tài sản mua dành cho chủ nợ quyền ưu tiên so với các chủ nợ có bảo đảm khác và chủ nợ không có bảo đảm<sup>339</sup>. Tuy nhiên, theo Điều 9 UCC của Hoa Kỳ, PMSI không thể được cấp đối với quyền SHTT mà chỉ cấp cho “hàng hóa và phần mềm”.

Như vậy, có thể nói vụ án trên cho thấy thế giới (Canada) đã có sự ưu tiên về một dạng đặc quyền trên tài sản mua là tài sản vô hình được xem là một đột phá, bởi vì vụ việc có tính chất chất như thế trước đó chưa từng xảy ra. Điều này cho thấy pháp luật các nước không chỉ ghi nhận ngoại lệ về quyền ưu tiên cho bên tài trợ vốn đối với tài sản hữu hình mà có xu hướng mở rộng sang các tài sản vô hình.

#### *4.1.5.3 Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với bên kiểm soát quyền tài sản bảo đảm*

Bên cạnh việc đăng ký biện pháp bảo đảm, hiệu lực đối kháng với bên thứ ba có thể phát sinh trên cơ sở nắm giữ, chiếm giữ tài sản. Theo Điều 297 BLDS 2015, biện pháp bảo đảm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba từ khi đăng ký biện pháp bảo đảm hoặc bên nhận bảo đảm nắm giữ hoặc chiếm giữ TSBĐ. Việc sử dụng từ “nắm giữ”, “chiếm giữ” có vẻ chỉ thích hợp cho những tài sản hữu hình và các quy định liên quan cho thấy các tài sản này có thể chuyển giao về mặt vật chất<sup>340</sup>. Ở đây

<sup>337</sup> Viết tắt của từ “purchase-money security interest”

<sup>338</sup>Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, West Group, A Thomson Company, 2001, tr. 630.

<sup>339</sup>Xem phần § 9-103 UCC.

<sup>340</sup> Xem Điều 310 BLDS 2015, đối với trường hợp biện pháp cầm cố tài sản thuộc trường hợp không buộc đăng ký thì thời điểm đối kháng với bên thứ ba kể từ khi bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố. Và theo Điều 346 BLDS 2015, cầm giữ tài sản là việc bên có quyền (sau đây gọi là bên cầm giữ) đang nắm giữ hợp pháp tài sản là đối tượng của hợp đồng song vụ được chiếm giữ tài sản trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ.

luật chưa dự liệu đến những tài sản vô hình như QTS, sẽ phù hợp hơn nếu sử dụng từ “kiểm soát” đối với các tài sản vô hình.

Việt Nam vẫn chưa có những quy định chi tiết về quyền ưu tiên thanh toán đối với số dư tài khoản, hay khoản tiền gửi tiết kiệm. Ở các nước trên thế giới, theo phần 9.327(1) Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC) thì “*Lợi ích bảo đảm của người kiểm soát tài khoản ký quỹ hưởng quyền ưu tiên so với lợi ích bảo đảm trên tài khoản ký quỹ của người không kiểm soát tài sản ký quỹ*”. Uncitral cũng áp dụng quy tắc kiểm soát để xác định quyền ưu tiên đối với quyền yêu cầu thanh toán từ tài khoản NH. Lợi ích bảo đảm trên quyền yêu cầu thanh toán từ tài khoản NH được xác lập bằng kiểm soát thì chủ nợ có bảo đảm kiểm soát quyền này hưởng quyền ưu tiên so với các bên nhận bảo đảm khác. Nếu NH nơi mở tài khoản ký hợp đồng kiểm soát với nhiều bên nhận bảo đảm thì thứ tự ưu tiên thanh toán sẽ xác định theo thứ tự giao kết hợp đồng kiểm soát. Nếu NH nơi mở tài khoản là bên nhận bảo đảm thì bên này hưởng quyền ưu tiên so với các bên nhận bảo đảm khác trừ trường hợp một bên nhận bảo đảm khác là chủ tài khoản<sup>341</sup>. Việt Nam cũng có quy định về biện pháp bảo đảm ký quỹ, xác định hiệu lực đối kháng làm cơ sở phát sinh thứ tự ưu tiên: “*Hiệu lực đối kháng của biện pháp ký quỹ với người thứ ba phát sinh từ thời điểm tài sản ký quỹ được gửi vào tài khoản phong tỏa tại tổ chức tín dụng nơi ký quỹ*” (khoản 5 Điều 23 NBĐ 21/2021/NBĐ-CP). Quy định này làm rõ hơn thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng đối với biện pháp ký quỹ. Tuy vậy, pháp luật Việt Nam chưa hướng dẫn cụ thể về thứ tự ưu tiên thanh toán của NH kiểm soát số dư tài khoản, thứ tự ưu tiên của các bên mà NH cùng ký hợp đồng kiểm soát đối với QTS.

#### 4.1.5.4 Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên đầu tư vào quyền tài sản

QTS rất đa dạng, quá trình khai thác giá trị, QTS có thể được đầu tư tăng giá trị, hòa nhập hoặc gắn kết với tài sản khác tạo thành tài sản mới hoặc đầu tư thêm tài sản mới có sự gắn kết chặt chẽ với tài sản ban đầu. Từ đó, yêu cầu xác định thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên đầu tư vào QTSBĐ được đặt ra. Bên đầu tư có thể là bên bảo đảm hoặc bên thứ ba.

Nhằm đáp ứng mục đích khai thác tốt nhất tài sản, pháp luật quy định quyền đầu tư vào TSBD của bên nhận thế chấp (Điều 321 BLDS 2015), thời điểm đầu tư tăng giá trị tài sản là sau khi tài sản đã được thế chấp. Theo đó, có 2 trường hợp: (i) giá trị đầu tư tăng thêm của QTS tự động thuộc QTSBĐ mà không cần bất kỳ thủ tục nào (khoản 1 Điều 20 NBĐ 21/2021/NBĐ-CP, (ii) Trường hợp bên thế chấp và bên nhận thế chấp có thỏa thuận giá trị tăng thêm không thuộc TSBD.

<sup>341</sup> Xem United Nation Commission on International Trade Law (2009), *Uncitral Legislative guide on secured Transaction - Terminology Recommendations - United Nations, Uncitral Legislative guide*, Vienna, điểm 103, tr. 40.

Về cách thức xử lý, trong trường hợp thứ nhất, phần giá trị tăng thêm đương nhiên thuộc tài sản thế chấp, hệ quả là không phát sinh quyền ưu tiên của bên đầu tư. Trường hợp thứ hai, pháp luật ghi nhận 2 khả năng: một là, tài sản tăng thêm có thể tách rời khỏi TSBD mà không làm mất hoặc giảm sút giá trị TSBD; hai là, tài sản mới phát sinh không thể tách rời. Theo Điều 56 ND 21/2021/NĐ-CP, ở khả năng thứ nhất, phạm vi tài sản được xử lý không bao gồm tài sản mới phát sinh, phần tài sản này được bên nhận thế chấp giao lại cho bên đầu tư; về khả năng thứ 2, tài sản không thể tách rời, phạm vi tài sản được xử lý bao gồm cả phần tài sản mới phát sinh, bên đầu tư được bên nhận thế chấp thanh toán giá trị phần tài sản phát sinh này.

Đồng tình với quan điểm cho rằng quy định “*bên đầu tư được bên nhận bảo đảm thanh toán phần giá trị tài sản*” chỉ thể hiện cách thức xử lý tài sản mà chưa xác định rõ thứ tự ưu tiên, thể hiện ở chỗ bên nhận bảo đảm thanh toán phần giá trị này sau khi đã nhận được đầy đủ số tiền bên vay còn thiếu hay phải thanh toán cho bên đầu tư trước<sup>342</sup>. Theo quan điểm này, cần xác định bên đầu tư được ưu tiên trước là phù hợp xuất phát từ việc cho rằng bên đầu tư vào QTS đã làm tăng giá trị của QTS và là chủ thể “gần nhất” đối với phần tăng thêm của giá trị tài sản.

Tuy nhiên, cần xem xét trường hợp người đầu tư là bên bảo đảm hay bên thứ ba đầu tư vào TSBD. Nếu bên thứ ba đầu tư vào TSBD, phần giá trị tài sản đầu tư đương nhiên thanh toán cho bên nhận bảo đảm trước là hợp lý. Trường hợp bên đầu tư là bên bảo đảm thì cần xem xét, nếu không thuộc trường hợp bên bảo đảm là doanh nghiệp bị phá sản hoặc có chủ nợ khác yêu cầu thanh toán đối với phần giá trị đầu tư đó thì nên cho phép NH bù trừ khoản nợ còn thiếu với phần giá trị tài sản tăng thêm.

Theo quy định hiện hành, pháp luật quy định bên thứ ba đầu tư vào tài sản thế chấp cần có sự đồng ý của bên nhận thế chấp. Qua nội hàm của quy định, có thể suy ra rằng, phần giá trị đầu tư có thuộc TSBD hay không sẽ do các bên thỏa thuận. Trong thực tiễn, có khả năng xuất hiện việc bên thế chấp cho phép bên thứ ba đầu tư vào QTS nhưng không có sự đồng ý của bên nhận bảo đảm, pháp luật vẫn chưa có quy định cụ thể về thứ tự ưu tiên khi xử lý QTSBD. Pháp luật chỉ quy định nghĩa vụ bồi thường nếu việc đầu tư gây thiệt hại, giảm sút giá trị QTSBD. Ví dụ, bên thứ ba đầu tư, bồi bổ làm tăng giá trị của QSDĐ được bảo đảm thì phần giá trị tăng thêm có thuộc TSBD hay không vẫn chưa được xác định rõ ràng.

#### 4.1.6 Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với bên thứ ba trong một số trường hợp đặc biệt

<sup>342</sup> Trương Thị Tuyết Minh, tldđ (25), tr. 117.

*4.1.6.1 Thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm quyền sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất*

QSDĐ là QTS đặc biệt, là nền tảng để xây dựng các cơ sở vật chất trên nó. Bên cạnh những đầu tư khác làm tăng giá trị QSDĐ, việc đầu tư để tạo nên các tài sản gắn liền với đất là phổ biến. Căn cứ vào các quy định về xử lý TSBĐ khi thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất, kết hợp quy định tại NĐ 21/2021/NĐ-CP, có thể xác định 2 trường hợp liên quan đến tài sản trên đất như sau:

- (i) Tại thời điểm thế chấp QSDĐ, tài sản gắn liền đất đã tồn tại, các bên không thỏa thuận tài sản gắn liền với đất là TSBĐ. Trường hợp này được điều chỉnh theo Điều 325 BLDS 2015, đồng thời không thuộc trường hợp đầu tư vào đất theo Điều 20 NĐ 21/2021/NĐ-CP.
- (ii) Tại thời điểm thế chấp QSDĐ, chưa tồn tại tài sản gắn liền với đất. Đây là trường hợp đầu tư vào QSDĐ: Có 2 tình huống có thể xảy ra:

+ Trường hợp tài sản gắn liền với đất thuộc sở hữu của bên nhận thế chấp, tài sản gắn liền với đất được tự động trở thành tài sản thế chấp. (Điều 20 NĐ 21/2021/NĐ-CP)

+ Trường hợp tài sản gắn liền với đất do bên thứ ba đầu tư, nếu có sự thỏa thuận là giá trị đầu tư là tài sản thế chấp thì phần giá trị này sẽ là tài sản thế chấp.

+ Trường hợp có sự thỏa thuận tài sản gắn liền với đất được đầu tư không là tài sản thế chấp hoặc do bên thứ ba tự ý đầu tư thì tài sản gắn liền với đất không là tài sản thế chấp (nội dung này được suy ra từ nội hàm của quy định tại Điều 20 NĐ 21/2021/NĐ-CP)

Trường hợp tài sản gắn liền với đất thuộc trường hợp là tài sản đầu tư đã được phân tích phía trên. Xét trường hợp tài sản gắn liền với đất không thuộc tài sản đầu tư theo Điều 20 NĐ 21/2021/NĐ-CP vẫn còn những bất cập trong xác định thứ tự ưu tiên.

Vụ việc trong Quyết định giám đốc thẩm số 01/2017/KDTM-GĐT ngày 01/3/2017 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao<sup>343</sup> là một ví dụ. Ông Trần Duyên H và bà Lưu Thị Minh N đã thế chấp nhà, đất thuộc quyền sở hữu của mình để bảo đảm nghĩa vụ vay cho công ty V. Do công ty V vi phạm nghĩa vụ trả nợ, NH yêu cầu xử lý TSBĐ nêu trên. Tuy nhiên, bên cạnh nhà đất thuộc sở hữu của ông H và bà N còn có tài sản gắn liền với đất thuộc sở hữu của người khác là một căn nhà 3,5 tầng chưa được đăng ký quyền sở hữu được xác định là do anh H và những người con của ông H, bà N bỏ tiền ra xây dựng. Tòa sơ thẩm đã xác định NH được xử lý tài sản thế

<sup>343</sup> Quyết định giám đốc thẩm số 01/2017/KDTM-GĐT ngày 01/3/2017 của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao về tranh chấp hợp đồng tín dụng (Xem thêm phụ lục, vụ việc số 14).



chấp theo quy định. Tòa phúc thẩm đã hủy án sơ thẩm và yêu cầu xác định phần tài sản hợp pháp của ông H bà N được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Tòa giám đốc thẩm đã nhận định: *“Lẽ ra, với các tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án, Tòa án cấp phúc thẩm cần xem xét, quyết định về xử lý TSBĐ là QSDĐ và căn nhà thuộc quyền sở hữu hợp pháp của ông H, bà N theo quy định của pháp luật. Khi giải quyết lại vụ án, Tòa án cấp phúc thẩm cần yêu cầu đương sự cung cấp các tài liệu, chứng cứ chứng minh nguồn gốc hình thành căn nhà 3,5 tầng nêu trên để giải quyết vụ án bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho những người đã bỏ tiền ra xây dựng nhà và đang sinh sống tại đó. Đồng thời, Tòa án cấp phúc thẩm cần hỏi ý kiến, động viên, khuyến khích các đương sự thỏa thuận xử lý tài sản thế chấp. Trường hợp bên thế chấp và bên nhận thế chấp thỏa thuận bên nhận thế chấp được bán TSBĐ là quyền sử dụng diện tích đất mà trên đất có nhà thuộc sở hữu của người khác không phải là người sử dụng đất thì cần dành cho chủ sở hữu nhà đó được quyền ưu tiên nếu họ có nhu cầu mua (nhận chuyển nhượng)”*.

**Bình luận:** Phán quyết của Tòa sơ thẩm và Tòa phúc thẩm đã không giải quyết được rốt ráo về thẩm quyền của NH đối với xử lý và hệ quả của việc xử lý TSBĐ là QSDĐ trong mối tương quan với tài sản gắn liền với đất thuộc sở hữu của người khác. Điều này cho thấy với quy định lúc bấy giờ<sup>344</sup>, Tòa án có vẻ lúng túng khi đưa ra phán quyết và có phần “né tránh”. Tòa giám đốc thẩm đã bác bỏ phán quyết của Tòa sơ thẩm, tuy nhiên, định hướng giải quyết của Tòa phúc thẩm lại cũng không thể giải quyết được trọn vẹn vấn đề, và việc thực thi bản án sẽ tiếp bị vướng mắc. Cụ thể, Tòa yêu cầu xem xét quyền lợi của bên liên quan đang sinh sống trên mảnh đất và định hướng cho các bên thỏa thuận để có kết quả xử lý. Vấn đề vướng mắc ở chỗ trường hợp không thỏa thuận được thì NH có được xử lý căn nhà 3,5 tầng đó không? Và phạm vi quyền lợi của NH nhận bảo đảm được xác định như thế nào? Thực tế với quy định hiện hành cũng không chỉ rõ được điều này, Tòa giám đốc thẩm lại tiếp tục bỏ lửng vấn đề cần giải quyết.

Trước bất cập từ thực tiễn, BLDS 2015, Điều 325 quy định về thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất. Theo quy định này, BLDS đã giải quyết được vấn đề là đã xác định rõ thẩm quyền xử lý của NH, cụ thể: trong trường hợp không có thỏa thuận khác, NH có thẩm quyền xử lý cả tài sản gắn liền với đất vốn không là tài sản thế chấp theo hợp đồng thế chấp, tạo thuận lợi cho NH có thể chuyển nhượng TSBĐ để thu hồi nợ. Tuy vậy, vấn đề xác định phạm vi của quyền lợi bảo

<sup>344</sup> mục 4 khoản 19 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của ND 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm quy định *“Trong trường hợp chỉ thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất và người sử dụng đất không đồng thời là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thì khi xử lý QSDĐ, chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất theo như thỏa thuận giữa người sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Quyền và nghĩa vụ giữa bên thế chấp và chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được chuyển giao cho người mua, người nhận chính QSDĐ.”*

đảm chưa được thể hiện. Quy định BLDS 2015 có thể dẫn đến 2 cách hiểu khác nhau: (i) tài sản gắn liền với đất cũng thuộc TSBĐ, (ii) NH được phép xử lý cả tài sản gắn liền với đất để thuận lợi khi chuyển nhượng, tài sản gắn liền với đất không thuộc TSBĐ. Từ đó, dẫn đến chưa xác định rõ thứ tự ưu tiên thanh toán. Vì thế, đồng tình với nhận xét “*Với quy định trên, có những vấn đề chưa rõ ràng khi xử lý TSBĐ của doanh nghiệp là: nếu một QSDĐ doanh nghiệp thế chấp cho nhiều nghĩa vụ bảo đảm thì tài sản gắn liền với đất thuộc về bên nhận thế chấp nào; đồng thời, nếu tài sản được xử lý không phải là tài sản thế chấp, thì khoản tiền thu được từ việc bán tài sản này có được thanh toán cho bên nhận thế chấp trong trường hợp các bên không có thỏa thuận hay vẫn thuộc tài sản của doanh nghiệp là bên có TSBĐ*”.<sup>345</sup> Bên cạnh đó, BLDS không có sự phân định trong trường hợp tài sản gắn liền với đất thuộc sở hữu của bên thứ ba thì khi không đạt được sự thỏa thuận, thứ tự ưu tiên của chủ sở hữu tài sản như thế nào. Và trong tình huống nêu trên, cũng rất khó để thực hiện theo quy định “*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 QSDĐ, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”. Bên thứ ba kế thừa như thế nào trong trường hợp cha mẹ cho phép con cất nhà và sinh sống trên đó.

Quy định này còn bất cập ở chỗ, trường hợp không đạt được sự thỏa thuận, bên nhận thế chấp có được phép xử lý cả tài sản gắn liền với đất hay không vẫn chưa được xác định. Trường hợp được phép xử lý cả tài sản gắn liền với đất thì quyền ưu tiên được xác định như thế nào? Tương tự như trường hợp bên thứ ba đầu tư vào tài sản trường hợp này bên thứ ba được ưu tiên thanh toán trước là hợp lý.

*4.1.6.2 Quyền ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm với bên thứ ba có quyền khác đối với quyền tài sản bảo đảm*

#### **Trường hợp quyền lợi người thứ ba phát sinh trước khi giao kết hợp đồng bảo đảm**

Trước khi sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ, chủ sở hữu đã chuyển giao một số quyền từ QTS đó cho chủ thể khác nhưng không thông báo cho NHTM nhận bảo đảm biết về điều này. Chẳng hạn, bên bảo đảm đã chuyển nhượng quyền sử dụng đối với đối tượng QTS là đối tượng của quyền SHTT được bảo đảm, hoặc chủ thể QSDĐ chuyển giao quyền bề mặt, quyền hưởng dụng cho chủ thể khác. Theo BLDS 2015, bên cạnh các quyền đối với bất động sản liền kề còn quyền hưởng dụng và quyền bề mặt, nếu QSDĐ được bảo đảm nghĩa vụ đang được chia sẻ quyền bề mặt, quyền

<sup>345</sup> Nguyễn Hải An, (2017), “Các quy định mới về biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2015 và tác động đến lợi ích của các doanh nghiệp”, Tạp chí *Khoa học pháp lý Việt Nam*, (02), tr. 60-68.

hưởng dụng bởi chủ thể khác là một yếu tố rất quan trọng để NHTM quyết định nhận QSDĐ ấy làm TSBĐ hay không.

Vấn đề đặt ra là sau khi hợp đồng bảo đảm được xác lập hoặc khi xử lý TSBĐ bên nhận bảo đảm mới biết được quyền của bên thứ ba trong trường hợp này thì thứ tự ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên thứ ba được xác định như thế nào. Hiện nay, pháp luật chỉ điều chỉnh về xử lý TSBĐ liên quan việc cho thuê, cho mượn TSBĐ<sup>346</sup>, việc xử lý liên quan đến quyền hưởng dụng, quyền bề mặt của QTSBĐ vẫn còn là khoảng trống pháp luật. Theo quy định hiện hành, vận dụng khoản 7 Điều 320 BLDS 2015, bên thế chấp có nghĩa vụ “*Thông báo cho bên nhận thế chấp về các quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp, nếu có*”; và trường hợp không thông báo thì “*bên nhận thế chấp có quyền hủy hợp đồng thế chấp tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại hoặc duy trì hợp đồng và chấp nhận quyền của người thứ ba đối với tài sản thế chấp*”. Tác giả cho rằng, quy định này khá bất lợi cho NHTM nhận bảo đảm, đặc biệt là khi quyền của người thứ ba đối với QTSBĐ có giá trị đáng kể so với QTSBĐ. Bởi lẽ, khi hủy hợp đồng thế chấp và yêu cầu bồi thường thì thời điểm này NHTM đã cấp tín dụng cho bên thế chấp, hủy hợp đồng thì khoản vay sẽ trở thành không có bảo đảm, việc yêu cầu bồi thường thiệt hại vốn không dễ dàng.

Tuy nhiên, có thể nói, NHTM phải chịu một phần hậu quả bất lợi trong tình huống này cũng hợp lý ở khía cạnh họ phải chịu trách nhiệm đối với việc thẩm định QTS để nhận bảo đảm trước khi xác lập hợp đồng bảo đảm. Để hạn chế hậu quả không muốn như trên, pháp luật cần quy định nghĩa vụ đăng ký đối với giao dịch như hợp đồng li-xăng hoặc giao dịch chuyển giao quyền bề mặt, quyền hưởng dụng. Khi đó, NH đã có những thông tin đầy đủ về tình trạng QTS trước khi nhận bảo đảm, NH chủ động hơn trong việc nhận QTS để bảo đảm nghĩa vụ. Cũng có nghĩa, khi NH đồng ý nhận QTS bảo đảm nghĩa vụ là đã chấp nhận quyền ưu tiên của bên thứ ba.

### **Trường hợp quyền lợi người thứ ba phát sinh sau khi giao kết hợp đồng bảo đảm**

QTS là tài sản vô hình, hầu như không thể chuyển giao nên biện pháp bảo đảm đa số là thế chấp, tức bên bảo đảm vẫn là chủ thể kiểm soát QTS và khai thác công dụng của QTS. Trong quá trình khai thác QTSBĐ, bên bảo đảm có thể chuyển giao cho chủ thể khác khai thác, sử dụng, từ đó xuất hiện quyền của người thứ ba đối với QTSBĐ. Theo BLDS 2015 có quy định về nghĩa vụ của bên thế chấp là không được bán, thay thế, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp (Điều 320), tuy nhiên, bên thế chấp có thể cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp (Điều 321). Đối với các tài sản vô hình thì thường không cho thuê, cho mượn, mà xuất hiện người thứ ba liên quan đến những

<sup>346</sup> Khoản 2 Điều 34 NĐ 21/2021/NĐ-CP: “*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*”.

giao dịch đặc thù, chẳng hạn, sự chuyển giao quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT hoặc do sự chuyển giao quyền bề mặt, quyền hưởng dụng đối với QSDĐ.

Đối với các quy định về khả năng chuyển giao của QSDĐ đã không nhắc đến việc chuyển giao các quyền trên. Nếu áp dụng nguyên tắc chung của pháp luật dân sự, cá nhân được thực hiện giao dịch mà pháp luật không cấm, do đó, bên thế chấp có quyền chuyển giao quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cho chủ thể khác sau khi thế chấp QSDĐ, bên thế chấp QTS đối với đối tượng quyền SHTT có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đối với đối tượng này cho chủ thể khác. Tuy nhiên, bởi việc chuyển giao các quyền trên có ảnh hưởng không nhỏ đến giá trị của TSBĐ, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nhận bảo đảm. Đặc biệt là khi bên thế chấp khó khăn, không khả năng thanh toán khoản tiền được cấp tín dụng có thể cố tình chuyển giao quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cho chủ thể khác, điều này ảnh hưởng đến giá trị QSDĐ khi cần xử lý. Do vậy, cần quy định sau khi biện pháp bảo đảm đã phát sinh hiệu lực đối kháng thì việc chuyển giao trên cần được bên bảo đảm thông báo cho bên nhận bảo đảm và bên nhận bảo đảm không phản đối, trừ trường hợp các bên đã có thỏa thuận khác. Thứ tự ưu tiên trong trường hợp này sẽ thuộc về NH, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Pháp luật hiện hành không có quy định cụ thể về việc khi đã thế chấp QSDĐ thì bên thế chấp có quyền chuyển giao cho chủ thể khác quyền bề mặt, quyền hưởng dụng hay không sẽ gây khó khăn trong quá trình áp dụng. Nếu có tranh chấp giữa các chủ thể thì cơ sở pháp lý nào để giải quyết vẫn đang là một khoảng trống pháp luật. Điều này có thể tạo tâm lý lo ngại đối với các NHTM khi nhận quyền sử dụng đang được hưởng dụng hoặc đang có quyền bề mặt thuộc về chủ thể khác, hoặc bên thế chấp sẽ chuyển giao quyền này cho các chủ thể khác khi hợp đồng thế chấp đang có hiệu lực. Vì vậy, sớm ban hành các quy định hướng dẫn vấn đề này là rất cần thiết để các NHTM có thể thuận lợi nhận QSDĐ có liên quan đến quyền bề mặt, quyền hưởng dụng, không để chúng cản trở việc QSDĐ được dùng để bảo đảm nghĩa vụ.

#### *4.1.6.3 Quyền ưu tiên giữa bên nhận thế chấp quyền sở hữu trí tuệ và bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng quyền hữu trí tuệ và chủ thể liên quan khác*

Theo quy định hiện hành, chủ sở hữu quyền SHTT có thể chuyển nhượng quyền sử dụng đối với đối tượng quyền SHTT cho chủ thể thứ ba theo hợp đồng chuyển nhượng (các điều trong Mục 2 chương IV, mục 2 chương 10, Điều 192 Luật SHTT 2005 sửa đổi, bổ sung 2009). Tuy nhiên, pháp luật không xác định sau khi thế chấp quyền SHTT, bên thế chấp còn được phép chuyển nhượng quyền sử dụng cho chủ thể thứ ba không? Trường hợp bên thế chấp tự ý nhượng quyền sử dụng cho chủ thể thứ ba mà không có sự đồng ý của bên nhận thế chấp thì khi xử lý quyền SHTT thế chấp, thứ tự ưu tiên của các bên được xác định như thế nào, bên nhận chuyển nhượng quyền có được tiếp tục sử dụng quyền của mình không.

Vấn đề sẽ trở nên phức tạp hơn khi bên được cấp quyền thế chấp quyền được cấp để bảo đảm nghĩa vụ tại NHTM, quyền lợi của NH trong trường hợp này được giải quyết như thế nào. Pháp luật hiện hành vẫn đang bỏ trống hướng giải quyết cho các nội dung này.

#### *4.1.6.4 Quyền ưu tiên giữa bên nhận thế chấp quyền đòi nợ, bên bảo đảm và bên thứ ba khác có lợi ích liên quan*

Việc thế chấp quyền đòi nợ có liên quan trực tiếp đến bên thứ ba là bên có nghĩa vụ trả nợ. Vì vậy, việc thế chấp quyền đòi nợ không chỉ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của bên thế chấp (bên có quyền đòi nợ) và bên nhận thế chấp quyền đòi nợ mà còn phát sinh quyền và nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ trả nợ. Trước đây, quyền và nghĩa vụ này được quy định tại Điều 22 NĐ 163/2006/NĐ-CP, theo đó, bên có nghĩa vụ trả nợ có nghĩa vụ thanh toán cho bên nhận thế chấp khi bên này yêu cầu khi đến hạn mà bên có nghĩa vụ (bên thế chấp) không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ và việc xử lý quyền đòi nợ bảo đảm được hướng dẫn cụ thể tại Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN. Hiện nay, theo NĐ 21/2021/NĐ-CP quy định khi xử lý TSBĐ là quyền đòi nợ, khoản phải thu, các quyền yêu cầu khác, bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu người thứ ba là người có nghĩa vụ thanh toán, nghĩa vụ trả nợ hoặc có nghĩa vụ khác chuyển giao khoản tiền hoặc tài sản khác cho mình (khoản 2 Điều 54). Pháp luật cũng quy định rõ việc quyền của bên thế chấp, theo Điều 33 NĐ 21/2021/NĐ-CP, việc thế chấp bằng quyền đòi nợ “*không cần có sự đồng ý của người có nghĩa vụ*”, quy định này cũng phù hợp với quy định về chuyển giao quyền yêu cầu (Điều 309 BLDS 2005, khoản Điều 365 BLDS 2015) và theo quy định về đăng ký TSBĐ thì căn cứ phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba là kể từ thời điểm đăng ký (Nghị định số 102/2017/NĐ-CP). Quyền ưu tiên phát sinh trên cơ sở đăng ký. Thực tiễn xét xử cho thấy vẫn còn những vấn đề cần quan tâm khi xử lý TSBĐ là quyền đòi nợ.

*Thứ nhất*, liên quan đến quyền ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm và bên thế chấp quyền đòi nợ

Bản án số 07/2019/KDTM-ST ngày 05/09/2019 của TAND thành phố Huế về tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa NH TMCP Đ và bị đơn là Công ty TNHH TH là một ví dụ<sup>347</sup>. NH TMCP Đ đã nhận tài sản bảo đảm là quyền đòi nợ của công ty TH đối với khoản nợ theo hợp đồng xây dựng với Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang. Hợp đồng thế chấp không có sự tham gia của Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang. Sau đó, Ban quản lý các dự án đầu tư xây dựng khu vực huyện Phú Vang (Ban Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang) đã thanh toán hết khoản nợ cho bên thế chấp là công ty TH. Trong quá trình xét xử, Tòa án đã xác định hợp đồng thế chỉ

<sup>347</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 4.

được ký kết giữa NH Đ và Công ty TNHH TH nên không phát sinh nghĩa vụ đối với Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang. Do đó, trong trường hợp ông Tr, bà L (thừa kế quyền và nghĩa vụ của công ty TH) không thực hiện nghĩa vụ trả nợ thì NH TMCP Đ có quyền xử lý tài sản thế chấp đối với số tiền mà Công ty TNHH TH đã được Ban quản lý các dự án đầu tư xây dựng khu vực huyện Phú Vang thanh toán.

**Bình luận:** Ở đây có 3 vấn đề cần quan tâm, đó là sự hình thành quyền ưu tiên và thứ tự quyền ưu tiên, quyền ưu tiên đối với tài sản phát sinh:

(i) Sự hình thành lợi ích bảo đảm: Tòa án đã xác định Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang không có nghĩa vụ trả nợ cho NH là hợp lý, dù không quy định rõ hậu quả pháp lý của nghĩa vụ thông báo nhưng Ban quản lý không nhận được thông báo từ NH nên không có lỗi trong việc này và nghĩa vụ thông báo là nghĩa vụ được pháp luật quy định đối với bên nhận bảo đảm. Tuy nhiên, Tòa án lập luận cho rằng Ban Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang không tham gia trong hợp đồng thế chấp nên không có nghĩa vụ là chưa chính xác, bởi vì việc thế chấp quyền đòi nợ không buộc có sự đồng ý của bên nợ.

(ii) Thứ tự ưu tiên giữ bên nhận thế chấp và bên thế chấp: Xuất phát từ việc cho rằng Ban quản lý Đầu tư và Xây dựng huyện Phú Vang không có nghĩa vụ trả nợ cho NH. Lẽ ra Tòa án căn cứ vào hiệu lực đối kháng từ thời điểm đăng ký để xác định trách nhiệm của bên nợ. Điều này cũng đặt ra vấn đề xem xét thêm căn cứ xác lập hiệu lực đối kháng cũng như trách nhiệm của bên nợ trong trường hợp cố tình thanh toán cho bên thế chấp khi biết quyền đòi nợ đã được thế chấp, ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của bên nhận thế chấp. Để tăng tính chắc chắn hơn, bên cạnh thời điểm đăng ký việc thế chấp, cần quy định thêm thời điểm bên nợ nhận được thông báo khoản nợ đã được thế chấp làm cơ sở xác định trách nhiệm của bên nợ khi cố tình trả nợ cho bên thế chấp, gây thiệt hại cho NH nhận thế chấp hoặc khiến cho tài sản thế chấp không còn.

(iii) Quyền ưu tiên đối với tài sản phát sinh: Tòa án đã hợp lý khi xác định số tiền đã thanh toán cho bên bảo đảm trở thành TSBĐ. Quyền ưu tiên của NH vẫn được duy trì đối với khoản tiền đó. Pháp luật không quy định cụ thể nội dung này, phán quyết của tòa án phù hợp với yếu tố vật quyền của bên nhận bảo đảm, đó là quyền truy đòi QTSBĐ dù đã chuyển giao vào tay ai.

Từ quy định và thực tiễn nêu trên, pháp luật cần dự liệu đến tình huống: trường hợp nghĩa vụ trả nợ đến hạn trước nghĩa vụ được bảo đảm, bên có nghĩa vụ trả nợ đã nhận được thông báo nhưng vẫn trả nợ cho bên nhận bảo đảm, khi đó sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi bảo đảm vì bên nhận bảo đảm có thể đối mặt với việc mất đi biện pháp bảo đảm hoặc gặp rủi ro khi bên thế chấp mất khả năng thanh toán.

*Thứ hai*, pháp luật chưa xác định rõ thứ tự ưu tiên giữa bên nhận thế chấp quyền đòi nợ và bên nợ trong trường hợp bù trừ nghĩa vụ xảy ra. Thực tiễn, Tòa án đã xác định bên nhận bảo đảm có quyền ưu tiên hơn bên nợ.

Vụ việc trong Bản án số 45/2019/KDTM-PT ngày 16/01/2019 của TAND Thành phố Hồ Chí Minh về tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa giữa nguyên đơn là Công ty TNHH SP và bị đơn là Tập Đoàn CS là một ví dụ<sup>348</sup>. Công ty TNHH SP đã thế chấp TSBD cho khoản vay tại NHTM là quyền đòi nợ phát sinh từ Hợp đồng mua bán mủ cao su số 273/HĐ-CSVN-KC ngày 17/07/2013 giá trị 4.431.000.000 đồng được ký kết giữa Công ty TNHH SP và Tập Đoàn CS. Sau đó, công ty SP và tập đoàn CS thỏa thuận bù trừ khoản nợ đã được thế chấp với các khoản nợ khác phát sinh mà công ty PS đã nợ của Tập đoàn CS, NHTM không đồng ý việc bù trừ này, từ đó dẫn đến tranh chấp. Tòa án đã xác định thỏa thuận bù trừ công nợ giữa Công ty TNHH SP và Tập Đoàn CS tại Biên bản làm việc ngày 25/12/2013, trong đó Công ty SP trao đổi quyền đòi nợ của mình phát sinh từ Hợp đồng mua bán mủ cao su số 273/HĐ- CSVN-KC ngày 17/7/2013, với quyền đòi nợ của Tập Đoàn CS phát sinh từ một hợp đồng khác, sau thời điểm đăng ký giao dịch bảo đảm nói trên là vi phạm điều cấm của pháp luật tại Khoản 4 Điều 348 của BLDS 2005, xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của bên nhận thế chấp là NHTM. Theo quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều 122, Điều 127 và Điều 128 của BLDS 2005, thỏa thuận bù trừ công nợ nói trên bị coi là vô hiệu để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba là NHTM.

**Bình luận:** Phán quyết của Tòa án là hợp lý, Tòa án đã dựa vào quy định về việc đăng ký giao dịch bảo đảm làm phát sinh quyền ưu tiên của bên nhận bảo đảm, và việc bù trừ nghĩa vụ ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của NHTM nhận bảo đảm. Vụ việc xảy ra trong bối cảnh quy định BLDS 2005, nhưng tính chất vụ việc vẫn có những nét tương đồng ở chỗ pháp luật hiện hành chưa có quy định cụ thể về thứ tự ưu tiên trong trường hợp bù trừ nghĩa vụ.

Tuy nhiên, vụ việc lại mở ra một vấn đề mới cần xem xét trong trường hợp bên nợ bù trừ các nghĩa vụ phát sinh trước khi việc đăng ký thế chấp xảy ra thì việc bù trừ nghĩa vụ có được chấp nhận không? Quy định hiện hành cho phép việc thế chấp quyền đòi nợ không cần sự đồng ý của bên nợ, vậy nếu các bên thế chấp quyền đòi nợ mà không có sự tham gia của bên nợ, trong khi bên thế chấp cũng nợ bên nợ một khoản nợ khác trước đó, việc không cho phép bù trừ sẽ ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nợ. Vậy nên, để dung hòa lợi ích của bên nhận thế chấp và bên nợ, về nguyên tắc việc thế chấp vẫn không buộc có sự đồng ý của bên nợ, tuy nhiên, đối với việc bù trừ nghĩa vụ phát sinh trước khi phát sinh hiệu lực đối kháng, cần phân thành 2 trường hợp: nếu việc thế chấp có sự tham gia hoặc đồng ý của bên nợ, việc bù trừ khoản nợ trước khi hợp đồng thế chấp phát sinh hiệu lực đối kháng sẽ không được chấp nhận. Ngược lại,

---

<sup>348</sup> Xem phụ lục, vụ việc số 5

việc thế chấp không có sự tham gia hoặc đồng ý của bên nợ, việc bù trừ nghĩa vụ trước khi phát sinh hiệu lực đối kháng được chấp nhận.

Từ vụ việc trên đưa đến yêu cầu xây dựng quy định xác định trách nhiệm của bên nợ, cụ thể trong trường hợp việc thế chấp đã được đăng ký hoặc bên nợ đã nhận được thông báo về việc thế chấp nhưng vẫn **cố tình** bù trừ nghĩa vụ với bên thế chấp khiến cho tài sản thế chấp không còn, pháp luật cần quy định trách nhiệm liên đới của bên nợ và bên thế chấp về việc hoàn trả giá trị quyền đòi nợ cho bên nhận thế chấp để bảo đảm quyền lợi chính đáng của bên nhận thế chấp trong tình huống này.

#### **4.2 Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về xử lý quyền tài sản bảo đảm tại các ngân hàng thương mại**

Bản chất của xử lý QTSBĐ trong hoạt động NH chính là việc NH thực hiện quyền định đoạt của mình đối với QTSBĐ nhằm thu hồi nợ do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên vay. Quyền truy đòi và quyền ưu tiên là hai vật quyền cơ bản của NH nhận bảo đảm đối với QTSBĐ. Trong quá trình xử lý không chỉ giải quyết mối quan hệ giữa NH nhận bảo đảm, bên bảo đảm, bên vay mà còn có bên thứ ba liên quan lợi ích đối với QTSBĐ. Với đặc tính vô hình, QTSBĐ hầu hết đều có sự tồn tại của bên thứ ba này. Vì vậy, một hệ thống pháp luật về xử lý QTSBĐ mong đợi phải có được những quy định sao cho bên nhận bảo đảm có thể thuận lợi xử lý thông qua sự đảm bảo về quyền truy đòi, quyền ưu tiên và quyền định đoạt đối với QTSBĐ, giúp hạn chế rủi ro tín dụng, nhưng phải trên cơ sở cân bằng, dung hòa lợi ích với các chủ thể có liên quan.

Phân tích thực trạng pháp luật và thực tiễn xử lý QTSBĐ cho thấy pháp luật hiện hành còn những bất cập nhất định: (i) NH nhận bảo đảm khó nắm giữ QTSBĐ là QSDĐ khi pháp luật không ghi nhận mạnh mẽ quyền thu giữ TSBĐ, (ii) NH khó kiểm soát QTS để xử lý khi thiếu những quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm của bên thứ ba trong phối hợp xử lý, (iii) pháp luật còn dè dặt trong quy định về quyền bán QTSBĐ của NH nhận bảo đảm dẫn đến hậu quả tất yếu là làm chậm tiến trình xử lý và tăng chi phí xử lý QTSBĐ, (iv) việc thiếu các quy định liên quan đến QTS phát sinh đe dọa đến việc thực hiện quyền truy đòi của bên bảo đảm, (v) hệ thống xác lập thứ tự ưu tiên còn khá chung, chưa dự liệu đầy đủ các trường hợp đặc quyền ưu tiên, các trường hợp xác lập quyền ưu tiên liên quan đến bên thứ ba.

Trên cơ sở những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng, tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện cụ thể như sau:

##### *4.2.1 Hoàn thiện pháp luật về xác định phạm vi quyền tài sản bảo đảm để xử lý*

**Thứ nhất**, ghi nhận quy định về tài sản phát sinh từ QTSBĐ, trên cơ sở đó, xác định các tài sản phát sinh thuộc phạm vi TSBĐ. Theo đó, có thể tham khảo định nghĩa tài sản phát sinh của UCC để vận dụng cho Việt Nam vì tính rõ ràng, đầy đủ của nó,



cụ thể tại Điều 9 UCC (mục 9-102(64)): “*Tài sản phái sinh của tài sản bảo đảm là (a) bất kỳ tài sản nào có được từ việc bán, cho thuê, nhượng quyền, trao đổi tài sản bảo đảm; (b) bất kỳ khoản thu có được từ việc phân chia tài sản bảo đảm; (c) các quyền phát sinh từ tài sản bảo đảm; (d) các quyền yêu cầu liên quan đến tài sản bảo đảm, trong phạm vi giá trị tài sản bảo đảm, phát sinh các sự kiện: tài sản bảo đảm bị mất, không đạt yêu cầu về chất lượng hoặc các quyền đối với tài sản bảo đảm bị xâm phạm; (e) quyền được nhận số tiền bảo hiểm liên quan đến tài sản và trong phạm vi giá trị của tài sản bảo đảm.*”

Tác giả nêu kiến nghị trên xuất phát từ các lý do sau:

- (i) Pháp luật hiện hành không có khái niệm về tài sản phái sinh, thay vào đó, nội dung của các tài sản phái sinh được quy định tản mạn ở nhiều văn bản khác nhau như BLDS 2015 và NĐ 21/2021/NĐ-CP và không tạo thành quy định logic, có hệ thống. Quy định tại các văn bản này cũng chỉ phản ánh một số khía cạnh nhất định, mang tính riêng lẻ trong những trường hợp cụ thể.
- (ii) Thực trạng pháp luật cho thấy đối với các tài sản phái sinh từ QTS vẫn chưa có quy định cụ thể nhằm xác định các tài sản này thuộc QTSBĐ như lãi đối với quyền đòi nợ, lợi tức, cổ tức, quyền mua cổ phần phát sinh từ cổ phần, lợi tức, quyền mua phần vốn góp phát sinh từ phần vốn góp và các tài sản phái sinh khác.
- (iii) Thực tiễn cho thấy, các NH có xu hướng thỏa thuận bao trùm tất các tài sản phái sinh phát sinh từ tài sản ban đầu đều thuộc TSBD. Điều này có khả năng xuất phát từ sự thiếu quy định về tài sản phái sinh, nên để bảo đảm an toàn, hạn chế rủi ro tín dụng, các NH đã chọn phương án thỏa thuận như trên.
- (iv) Với định nghĩa về tài sản phái sinh, vật quyền đối với tài sản phái sinh được cố định cụ thể, rõ ràng, tồn tại tự động mà không buộc phải có sự thỏa thuận của các bên. Điều này hạn chế các tranh chấp phát sinh liên quan đến tài sản phái sinh và là cơ sở quan trọng xác định thứ tự tiên khi có xung đột lợi ích liên quan đến QTSBĐ<sup>349</sup>.

**Thứ hai**, trên cơ sở phân tích thực trạng pháp luật, tác giả đề xuất phạm vi TSBD đối với một số QTS cụ thể, như sau:

Về quyền đòi nợ, trên cơ sở kế thừa quy định về tài sản phái sinh, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, phạm vi quyền đòi nợ được cố định trong văn bản pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ như sau: tài sản thế chấp là quyền đòi nợ bao gồm quyền đòi nợ ban đầu và các tài sản phái sinh từ quyền đòi nợ. Tài sản phái sinh từ

<sup>349</sup> Xem Trương Thị Tuyết Minh, tldd (25), tr. 157.

quyền đòi nợ bao gồm các tài sản, khoản tiền thu được từ việc chuyển giao quyền đòi nợ hay định đoạt quyền đòi nợ theo phương thức khác; lợi tức của quyền đòi nợ, tài sản được chia, số tiền bảo hiểm và các quyền yêu cầu phát sinh từ các giao dịch liên quan đến quyền đòi nợ, tài sản thu được từ chính tài sản phái sinh.

Cùng cách tiếp cận, cần quy định tài sản thế chấp là phần vốn góp gồm phần vốn góp ban đầu và tài sản phái sinh từ phần vốn góp. Tài sản phái sinh từ phần vốn góp, cổ phần gồm: khoản tiền thu được từ việc chuyển giao phần vốn góp, cổ phần hoặc định đoạt phần vốn góp, cổ phần theo phương thức khác, lợi tức phát sinh từ phần vốn góp, cổ tức phát sinh từ cổ phần, quyền mua phần vốn góp phát sinh từ việc sở hữu phần vốn góp, quyền mua cổ phần phát sinh từ việc sở hữu cổ phần; các tài sản phát sinh từ tài sản phái sinh.

Tuy vậy, đối với những quyền và lợi ích phát sinh từ QTS là phần vốn góp: (i) mặc dù về nguyên tắc khi thế chấp phần vốn góp, bên thế chấp vẫn là chủ sở hữu phần vốn góp nên các quyền nhận thông báo, quyền biểu quyết vẫn thuộc về bên góp vốn, tuy nhiên cần quy định tường minh.

Tương tự cách tiếp cận trên, về tài sản thế chấp là QTS đối với đối tượng quyền SHTT cũng cần xác định phạm vi gồm QTS ban đầu và các tài sản phái sinh từ QTS ban đầu. Bên cạnh xác định chung về tài sản phái sinh, việc xác định các tài sản phái sinh cần được quy định trong Luật SHTT và Luật về giao dịch bảo đảm (trong trường hợp được xây dựng). Cụ thể, “các QTS phái sinh từ QTS đối với đối tượng quyền SHTT gốc cũng thuộc TSBD”.

Về QSDĐ, trong số các QTS, QSDĐ là dạng tài sản đặc biệt, thực tiễn cho thấy việc sử dụng QTS này bảo đảm nghĩa vụ thường không ở chỗ tài sản phái sinh mà vướng mắc ở tài sản gắn liền với đất. Như đã phân tích trong phần thực trạng pháp luật, trường hợp bên thế chấp là chủ sở hữu QSDĐ và tài sản gắn liền với đất, nhưng chỉ thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất. Pháp luật hiện hành cho phép xử lý cả tài sản gắn liền với đất khi sự kiện bảo đảm xảy ra nhưng không xác định rõ phạm vi TSBD có bao gồm tài sản gắn liền với đất hay không. Việc không xác định rõ ràng điều này sẽ có khả năng xảy ra tranh chấp về thứ tự ưu tiên không chỉ giữa bên nhận bảo đảm và bên bảo đảm mà còn liên quan đến bên thứ ba khi tài sản được sử dụng bảo đảm nhiều nghĩa vụ. Do vậy, tác giả đề xuất cần giải thích rõ Điều 325 BLDS 2015 như sau:

- (i) Trường hợp tại thời điểm xác lập hợp đồng bảo đảm, tài sản gắn liền với đất đã tồn tại thì tài sản gắn liền với đất không thuộc TSBD. Lý do của kiến nghị trên xuất phát từ nguyên tắc tôn trọng sự tự do, tự nguyện thỏa thuận của các bên, các bên đã biết hiện trạng và chấp nhận phạm vi đó.
- (ii) Trường hợp tài sản gắn liền với đất xuất hiện sau khi các bên xác lập hợp đồng thế chấp, pháp luật nên xác định TSBD bao gồm QSDĐ và cả tài sản

gắn liền với đất, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Đề xuất này xuất phát từ tính thống nhất của QSDĐ và tài sản gắn liền với đất, tạo thuận lợi cho quá trình xử lý TSBD.

#### 4.2.2 Hoàn thiện pháp luật về quy trình xử lý quyền tài sản bảo đảm

**Thứ nhất**, luật nên quy định rõ bên nhận bảo đảm có quyền thu giữ QTSBD để xử lý mà không nhất thiết thông qua thủ tục tư pháp tại Tòa án.

Kiến nghị trên xuất phát từ các lý do sau: (i) xuất phát từ yêu cầu đảm bảo hiệu lực vật quyền bảo đảm của bên nhận bảo đảm, nhằm bảo vệ lợi ích chính đáng của bên nhận bảo đảm, (ii) xuất phát từ bất cập trong thực tiễn thu giữ QTSBD hiện nay, tiêu biểu thời gian qua là bất cập trong thu giữ QSDĐ để xử lý, bên nhận bảo đảm thường gặp phải sự không hợp tác của bên bảo đảm, (iii) xuất phát từ thực trạng pháp luật hiện chỉ dừng lại ở mức độ thí điểm và chỉ áp dụng đối với xử lý nợ xấu mà không áp dụng đối với các khoản nợ khác của NHTM, (iv) tham khảo hướng dẫn của Uncitral (Điều 77 Luật mẫu của Uncitral về giao dịch bảo đảm theo hướng công nhận quyền thu giữ TSBD của bên nhận bảo đảm) và pháp luật một số nước trên thế giới thừa nhận quyền thu giữ TSBD và đạt được hiệu quả trong thực tiễn, theo UCC, bên nhận bảo đảm có quyền thu giữ sản theo thủ tục ngoài tư pháp miễn không phá vỡ sự bình yên, ở Pháp chủ nợ có quyền yêu cầu các cơ quan có chức năng thi hành phán quyết của Tòa án cưỡng chế việc trả nợ chiếu theo chứng thư công chứng, mà không cần đưa vụ việc ra tòa.

**Thứ hai**, bổ sung quy định các chủ thể được thông báo về việc xử lý TSBD đối với một số loại QTS cụ thể, bên cạnh bên bảo đảm cần thông báo cho các chủ thể sau: về phần vốn góp, bên thứ ba cần được thông báo là công ty bên bảo đảm góp vốn, về quyền của quyền SHTT, bên được thông báo là chủ sở hữu quyền SHTT.

Kiến nghị trên xuất phát lý do: NĐ 21/2021/NĐ-CP đã quy định thông báo xử lý TSBD là thủ tục pháp lý bắt buộc nhằm bảo vệ nhằm bảo vệ quyền được tham gia của bên bảo đảm cũng như bên thứ ba là bên đang giữ TSBD. Tuy nhiên, đối với các QTS vô hình, đa dạng, bên thứ ba cần được thông báo có thể là bên kiểm soát hoặc chi phối QTS, vì vậy đối với các QTS, pháp luật cần xác định cụ thể bên thứ ba cần được thông báo. Việc thông báo này giúp bên thứ ba có thể biết và bảo vệ lợi ích chính đáng của họ liên quan đến QTS bị xử lý.

**Thứ ba**, pháp luật cần ghi nhận quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm đối với các QTSBD mạnh mẽ hơn, theo đó bên nhận bảo đảm được quyền bán QTSBD nếu thỏa điều kiện nhất định: (1) Bên nhận bảo đảm đã thực hiện một cách trung thực và cẩn trọng, (2) định đoạt trong điều kiện thương mại hợp lý. Điều kiện thương mại hợp lý gồm các yếu tố: (i) điều kiện thương mại thông thường; (ii) theo giá hiện thời trên thị trường được thừa nhận tại thời điểm định đoạt; hoặc (iii) phù hợp với tập quán thương mại giữa các nhà kinh doanh về loại QTS thuộc đối tượng xử lý. Kiến nghị này

dựa trên quy định của UCC và pháp luật Úc, trong đó, bên nhận bảo đảm được định đoạt TSBD với điều kiện bảo đảm điều kiện thương mại hợp lý.

Kiến nghị trên xuất phát từ các lý do:

(i) Sự ra đời của Nghị định số 21/2021/NĐ-CP đã thể hiện mạnh hơn yếu tố vật quyền của bên nhận bảo đảm khi cho phép bên nhận bảo đảm được quyền bán QTSBD với điều kiện có “giá rõ ràng, cụ thể”. Quy định này cũng còn khá dè dặt, đối với một số loại QTS không dễ dàng đạt được điều kiện này.

(ii) Xét dưới góc độ lý thuyết vật quyền bảo đảm và lý thuyết về phòng ngừa rủi ro tín dụng NH, quy định quyền được chủ động định đoạt QTSBD là cơ sở để bảo vệ lợi ích hợp pháp, chính đáng của bên nhận bảo đảm (NHTM). Ở góc độ vật quyền, khi xác lập hợp đồng bảo đảm cũng đồng nghĩa bên bảo đảm đã trao cho bên nhận bảo đảm quyền xử lý, định đoạt QTSBD khi xử lý QTSBD. Với quy định yêu cầu có sự đồng ý của bên bảo đảm trong định đoạt cho thấy quy định hiện nay của Việt Nam vẫn nặng về yếu tố trái quyền. Điều này ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của NH khi bên bảo đảm hoặc bên thứ ba không hợp tác trong xử lý QTSBD.

*Bốn là*, pháp luật cần quy định cụ thể về nghĩa phối hợp của bên thứ ba, trách nhiệm của bên thứ ba trong việc thực hiện quyền truy đòi và định đoạt QTSBD của NH bên nhận bảo đảm

Như đã phân tích trong mục 4.1.4.3, 4.1.4.4, các quy định liên quan đến quyền truy đòi như thu giữ tài sản hay trách nhiệm phối hợp của người thứ ba đều hướng đến các tài sản hữu hình, việc áp dụng đối với tài sản vô hình trong nhiều trường hợp không hợp lý và thuyết phục. Do đó, cần có quy định cụ thể về các biện pháp mà bên nhận bảo đảm có thể thực hiện để kiểm soát tài sản cần xử lý cũng như trách nhiệm cụ thể của bên thứ ba trong việc phối hợp với bên nhận bảo đảm khi xử lý QTSBD. Chẳng hạn, trách nhiệm phối hợp của những người trong công ty trách nhiệm hữu hạn để bên nhận bảo đảm có thể kiểm soát được phần vốn góp và xử lý khi điều kiện xử lý xảy ra, tạo điều kiện, thủ tục thuận lợi cho NH trong việc tổ chức chuyển nhượng QTSBD khi xử lý theo quy định của Luật doanh nghiệp. Điều này giúp các NHTM yên tâm hơn khi nhận phần vốn góp bảo đảm nghĩa vụ.

#### *4.2.3 Hoàn thiện pháp luật về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý quyền tài sản bảo đảm*

Xây dựng một hệ thống về xác lập thứ tự ưu tiên thanh toán, trong đó cần khắc phục những hạn chế trong xác định thứ tự ưu tiên thanh toán liên quan đến QTS. Tham khảo quy định của Uncitral hướng dẫn về giao dịch bảo đảm, quy định Điều 9 UCC cũng như thực trạng pháp luật Việt Nam, tác giả cho rằng thứ tự ưu tiên đối với QTS cần theo hướng: (i) cần ghi nhận những trường hợp ngoại lệ trong xác định thứ tự ưu tiên phù hợp với đặc tính của QTS, (ii) bên cạnh quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán

giữa các bên cùng nhận bảo đảm, cần xây dựng thứ tự ưu giữa bên nhận bảo đảm với bên thứ ba có lợi ích liên quan đến QTSBĐ (bên nhận chuyển giao QTS, bên có quyền khác trên QTS, bên kiểm soát QTS, bên thứ ba khác có lợi ích liên quan đến QTS)

Từ lý luận và phân tích thực trạng về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán liên quan đến QTS, tác giả đề xuất một số giải pháp cụ thể sau:

***Thứ nhất, thừa nhận đặc quyền ưu tiên của bên tài trợ vốn cho quyền tài sản mua***

Pháp luật cần quy định nhà tài trợ vốn (NH) sẽ được ưu tiên cao nhất nếu NH đã xác lập hiệu lực đối kháng trên QTS đó và đã tuân thủ quy trình do luật định. Quy định này được gọi là đặc quyền trên tài sản mua (purchase money security interests) đã được áp dụng hiệu quả ở nhiều nước trên thế giới. Đặc quyền này bắt nguồn từ Mỹ, quy định tại Điều 9 UCC đối với TSBĐ là hàng hóa và phần mềm. Luật mẫu của Uncitral về giao dịch bảo đảm cũng có cách tiếp cận tương tự, theo đó tại Điều 38 (lựa chọn A) đã quy định quyền lợi bảo đảm trên động sản mua được ưu tiên cao hơn các trường hợp bảo đảm khác, quy định này áp dụng đối với hàng tồn kho và thiết bị. Hiện nay các nước không chỉ giới hạn ở tài sản hữu hình mà đã mở rộng sang tài sản vô hình, bước đầu áp dụng đối với quyền SHTT, tiêu biểu là ở Canada như đã phân tích trong phần thực trạng.

Đề xuất trên từ các lý do: (i) tiếp thu pháp luật nước ngoài và thông lệ quốc tế đã được áp dụng đạt hiệu quả; (ii) QTSBĐ có nguồn gốc từ vốn của bên tài trợ, lẽ công bằng, hợp lý bên tài trợ cần được ưu tiên thu hồi vốn, bởi so với các chủ thể nhận bảo đảm khác, rõ ràng lợi ích bảo đảm của bên tài trợ vốn có sự khác biệt, trực tiếp gắn liền với QTSBĐ; (iii) khuyến khích các NH cho vay để bên vay có thể đầu tư thêm tài sản mở rộng sản xuất kinh doanh.

***Thứ hai, ghi nhận quyền ưu tiên của bên kiểm soát QTSBĐ***

Pháp luật cần quy định quyền được ưu tiên thanh toán đối các chủ thể đang kiểm soát QTSBĐ liên quan đến tài khoản ký quỹ, tài khoản tiền gửi. Kiến nghị này dựa trên tham khảo hướng dẫn của Uncitral về giao dịch bảo đảm và Điều 9 UCC, theo đó lợi ích bảo đảm của người kiểm soát tài khoản ký quỹ hưởng quyền ưu tiên so với lợi ích bảo đảm trên tài khoản ký quỹ của người không kiểm soát tài sản ký quỹ. Lợi ích bảo đảm trên quyền yêu cầu thanh toán từ tài khoản NH được xác lập bằng kiểm soát thì chủ nợ có bảo đảm kiểm soát quyền này hưởng quyền ưu tiên so với các bên nhận bảo đảm khác.

***Thứ ba, xác định cụ thể thứ tự ưu tiên của bên đầu tư vào QTSBĐ***

Trong trường hợp xử lý QTSBĐ, pháp luật cần quy định cụ thể thứ tự ưu tiên thanh toán của bên đầu tư vào tài sản. Theo đó trong trường hợp các bên thỏa thuận

phần đầu tư không thuộc TSBD thì khi xử lý, phần giá trị tài sản đầu tư cần được thanh toán cho bên đầu tư trước khi thực hiện nghĩa vụ cho bên nhận bảo đảm.

Theo quy định hiện hành, việc đầu tư vào QTSBD của bên bảo đảm sẽ đương nhiên thuộc TSBD trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Pháp luật hiện hành chưa quy định trường hợp bên thứ ba đầu tư vào QTSBD mà không được sự đồng ý của bên nhận bảo đảm thì phần đầu tư này có thuộc TSBD hay không. Cần xác định trong trường hợp này phần đầu tư không là TSBD và thứ tự ưu tiên vẫn được xác định thanh toán trước bên nhận bảo đảm.

**Thứ tư**, xác định thứ tự ưu tiên thanh toán trong một số trường hợp đặc biệt

*Một là, thứ tự ưu tiên thanh toán trong trường hợp thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất*

Trường hợp bên thế chấp cũng là chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất, trong trường hợp này pháp luật cho phép xử lý QSDĐ và cả tài sản gắn liền với đất (Điều 325 BLDS 2015) nhưng không xác định rõ phạm vi của TSBD, cũng như thứ tự ưu tiên thanh toán. Phần giá trị tài sản gắn liền với đất sẽ được trả lại cho bên bảo đảm trước hay bên nhận bảo đảm thu hồi nợ trước. Trong trường hợp có nhiều bên nhận bảo đảm thì phần tài sản gắn liền với đất được thanh toán cho bên nào. Theo tác giả, đề xuất tương ứng với 3 tình huống như sau:

- (i) Tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và hình thành sau khi xác lập hợp đồng bảo đảm. Pháp luật cần quy định rõ tài sản gắn liền với đất cũng thuộc TSBD, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Khi đó, bên nhận bảo đảm có quyền ưu tiên thanh toán trên toàn bộ giá trị QSDĐ và tài sản gắn liền với đất. Điều này phù hợp với quy định “*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.*” (Điều 318 BLDS 2015).
- (ii) Tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm đã hình thành trước khi xác lập hợp đồng bảo đảm, trường hợp này cần xác định phạm vi TSBD chỉ giới hạn trong giá trị QSDĐ. Do vậy, thứ tự ưu tiên thanh toán cần xác định rõ bên nhận bảo đảm trước nhất được thanh toán thu hồi nợ trong phạm vi giá trị QSDĐ. Tuy nhiên, trong trường hợp việc thu hồi vẫn chưa đủ và không thuộc trường hợp bên bảo đảm là doanh nghiệp bị phá sản hoặc có chủ nợ khác yêu cầu thanh toán đối với phần giá trị tài sản gắn liền với đất đó thì nên cho phép NH bù trừ khoản nợ còn thiếu với phần giá trị tài sản tăng thêm. Điều này cũng đảm bảo quyền lợi cho NH, và cũng đảm bảo sự công bằng ở khía cạnh, đây vốn là nghĩa vụ của bên bảo đảm đối với bên nhận bảo đảm cần thực hiện. Hơn nữa, ở khía cạnh khi cần xử lý QTSBD, tức là khả

năng cao bên bảo đảm không muốn trả, nếu giao lại số tiền này cho bên bảo đảm thì NH khó thu hồi được nợ, chưa khắc phục hiệu quả việc phòng rủi ro tín dụng trong hoạt động NH.

- (iii) Trường hợp tài sản gắn liền với QSDĐ thuộc sở hữu của bên thứ ba, trường hợp này đã được điều chỉnh bởi Án lệ số 11/2017/AL do Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao thông qua ngày 14/12/2017, theo đó, bên thế chấp và bên nhận thế chấp thỏa thuận bên nhận thế chấp được bán TSBĐ là QSDĐ mà trên đất có nhà không thuộc sở hữu của người sử dụng đất và “*khi giải quyết Tòa án phải dành cho chủ sở hữu nhà trên đất được quyền ưu tiên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất đó nếu họ có nhu cầu*” đã tạo thuận lợi cho việc xác định thứ tự ưu tiên trong trường hợp này. Tuy nhiên, pháp luật cần xác định chủ thể có trách nhiệm thanh toán giá trị tài sản cho chủ thể này. Ngoài ra, phân tích thực tiễn cho thấy, quy định tại khoản 2 Điều 325 BLDS 2015, “*chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất được tiếp tục sử dụng đất trong phạm vi quyền, nghĩa vụ của mình*” không hoàn toàn phù hợp, đề xuất nên bỏ đi.

*Hai là, xử lý QTSBĐ có liên quan đến quyền lợi của bên thứ ba là chủ thể có quyền khác đối với QTSBĐ*

- (i) Từ phân tích thực trạng pháp luật tại mục 4.1.6.2 tác giả đề xuất như sau: xử lý QTSBĐ là QSDĐ đang có quyền hưởng dụng, quyền bề mặt thuộc về bên thứ ba và quyền hưởng dụng, quyền bề mặt này đã được xác lập trước khi biện pháp bảo đảm bằng QSDĐ phát sinh hiệu lực đối kháng thì pháp luật cần xác định không làm chấm dứt quyền hưởng dụng, quyền bề mặt của chủ thể thứ ba cho đến khi hết thời hạn hưởng quyền.

Lý do của kiến nghị: một cách hợp lý, bên thứ ba đã xác lập quyền trước, chủ thể có quyền khác đối với tài sản được bảo vệ. Ở khía cạnh khác, trách nhiệm thẩm định QTS để cho vay là của NH, NH nhận thế chấp và biết được hiện trạng của QSDĐ thì đã mặc nhiên thừa nhận quyền của bên thứ ba; trường hợp NH không biết sự tồn tại của bên thứ ba cũng là do sự thiếu sót của NH, nên NH không thể ưu tiên thanh toán đối với phần giá trị liên quan đến quyền bề mặt, quyền hưởng dụng.

- (ii) Luật đất đai cần quy định việc xác lập hoặc chuyển giao quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trên QSDĐ phải được đăng ký tại Cơ quan quản lý đất đai

Lý do kiến nghị: Quy định sẽ giúp bên nhận bảo đảm dễ dàng hơn trong việc xác định tình trạng pháp lý của QSDĐ. Từ đó, hạn chế những tranh chấp có thể phát sinh từ việc thế chấp QSDĐ có liên quan đến bên thứ ba là chủ thể của quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, đồng thời tạo thuận lợi cho NHTM trong việc xác định tình trạng pháp lý QSDĐ khi nhận bảo đảm.

- (iii) Pháp luật cần quy định trường hợp biện pháp thế chấp QSDĐ đã phát sinh hiệu lực đối kháng, sau đó bên thế chấp chuyển giao quyền bề mặt, quyền hưởng dụng cho chủ thể thứ ba thì khi xử lý QSDĐ bảo đảm, giao dịch chuyển giao chấm dứt tại thời điểm xử lý tài sản thế chấp, trừ trường hợp giữa các bên có thỏa thuận khác. Quyền, nghĩa vụ giữa bên thế chấp và bên nhận chuyển giao được giải quyết theo thỏa thuận trong giao dịch chuyển giao quyền đó. Tuy nhiên, trường hợp bên nhận bảo đảm bán QSDĐ bảo đảm sẽ dành quyền ưu tiên mua cho bên có quyền hưởng dụng, quyền bề mặt nếu có nhu cầu.

*Ba là, quyền ưu tiên giữa bên nhận bảo đảm quyền sở hữu trí tuệ với bên thứ ba*

Pháp luật cần quy định trong khoảng thời gian thế chấp quyền SHTT, bên thế chấp không được chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng SHTT cho chủ thể khác, trừ trường hợp bên nhận thế chấp đồng ý. Từ đó, xác định hậu quả pháp lý khi bên thế chấp tự ý chuyển nhượng quyền sử dụng cho chủ thể khác thì bên nhận thế chấp có quyền yêu cầu bên thứ ba chấm dứt việc sử dụng hoặc chấp nhận giao dịch nhượng quyền và số tiền có được từ việc nhượng quyền trở thành TSBĐ. Kiến nghị này một mặt dựa trên việc tránh khả năng có thể giảm sút giá trị của QTSBĐ, đảm bảo an toàn rủi ro tín dụng, mặt khác vừa thống nhất với kiến nghị về tài sản phái sinh đã được trình bày phía trên.

*Bốn là, quyền ưu tiên giữa bên nhận thế chấp quyền đòi nợ, bên đòi nợ và chủ thể thứ ba khác có liên quan*

- (i) Pháp luật cần quy định khi nghĩa vụ trả nợ đến hạn trước nghĩa vụ được bảo đảm, trường hợp đã được thông báo về việc thế chấp thì bên thứ ba là bên có nghĩa vụ trả nợ chuyển giao khoản tiền (vào một tài khoản phong tỏa) khi quyền đòi nợ đến hạn; trường hợp không được thông báo và bên nợ đã chuyển giao khoản tiền cho bên thế chấp thì tài sản được chuyển giao trở thành tài sản thế chấp. Kiến nghị này dựa trên lý thuyết vật quyền bảo đảm, bên nhận bảo đảm được quyền theo đuổi QTSBĐ, đây cũng là lợi ích chính đáng của bên nhận bảo đảm cần được bảo vệ.

Bên cạnh đó, cũng cần dự liệu đến khả năng tài sản này tiếp chuyển hóa thành tài sản khác thì tài sản đó vẫn được xem là TSBĐ. Nói cách khác, cần quy định bên nhận bảo đảm được quyền ưu tiên thành toán so với chủ thể đang nắm giữ tài sản hình thành từ quyền đòi nợ từ bên bảo đảm hay bên thứ ba. Trong trường hợp quy định về tài sản phái sinh được xây dựng, kiến nghị sẽ là một phần nội dung của tài sản phái sinh đã được đề cập trong mục 4.2.1.

- (ii) Pháp luật cần xác định trách nhiệm của các bên trong trường hợp mặc dù đã nhận được thông báo về việc bảo đảm nhưng bên nợ vẫn **cố tình** trả nợ cho bên bảo đảm dẫn đến TSBĐ không còn thì có trách nhiệm liên đới với bên bảo



đảm việc trả khoản nợ tương ứng với giá trị quyền đòi nợ cho bên nhận bảo đảm. Lý do kiến nghị: kiến nghị nhằm tránh việc bên nợ thông đồng chủ nợ “tẩu tán” quyền đòi nợ bảo đảm, ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của bên nhận bảo đảm. Trách nhiệm liên đới được đề xuất dựa trên cơ sở nguyên tắc chung của pháp luật dân sự về cá nhân, tổ chức phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình.

- (iii) Pháp luật cần quy định các bên có thể bù trừ các khoản nợ đã được xác lập trước khi phát sinh hiệu lực đối kháng. Đối với các khoản nợ hình thành sau khi phát sinh hiệu lực đối kháng, các bên không được phép bù trừ. Lý do kiến nghị: quy định này giúp xác định rõ quyền ưu tiên của bên nhận bảo đảm đối với bên nợ liên quan đến bù trừ nghĩa vụ. Thực tế là sự cụ thể hóa và làm rõ nội dung và ý nghĩa của hiệu lực đối kháng, khi hiệu lực đối kháng phát sinh, bên nhận bảo đảm sẽ có được quyền ưu tiên. Quy định cũng nhằm tránh trường hợp các Tòa án có thể hiểu khác nhau về việc bù trừ nghĩa vụ giữa bên bảo đảm và bên nợ trong quá trình giải quyết tranh chấp liên quan TSBĐ là quyền đòi nợ, ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của bên nhận bảo đảm.

## KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Từ việc nghiên cứu quy định pháp luật và thực tiễn áp dụng về xử lý QTSBĐ, chương này đã làm rõ và giải quyết được các vấn đề sau:

**Thứ nhất**, bản chất của xử lý QTSBĐ trong hoạt động NH chính là việc NH thực hiện quyền định đoạt của mình đối với QTSBĐ nhằm thu hồi nợ do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên vay. Việc xử lý QTSBĐ cần phải dựa trên các nguyên tắc tôn trọng sự thỏa thuận của các bên, dung hòa lợi ích của bên bảo đảm, bên nhận bảo đảm và bên thứ ba có liên quan lợi ích đến QTSBĐ.

**Thứ hai**, quyền truy đòi và quyền ưu tiên là hai vật quyền cơ bản của bên nhận bảo đảm. Cơ sở để xác định quyền này được quy định dựa vào nguyên tắc thứ tự thời gian phát sinh hiệu lực đối kháng của biện pháp bảo đảm. Quy định cụ thể quyền truy đòi và phân định rạch ròi giữa hiệu lực hợp đồng bảo đảm và hiệu lực đối kháng cho thấy pháp luật Việt Nam ngày càng thể hiện rõ hơn tư duy vật quyền trong quy định về bảo đảm nghĩa vụ.

**Thứ ba**, từ phân tích thực trạng pháp luật và thực tiễn xử lý QTSBĐ cho thấy pháp luật hiện hành còn những bất cập nhất định:

Một trong những quyền quan trọng để có thể xử lý QTSBĐ là quyền truy đòi tài sản để xử lý và gắn với nó là quyền thu giữ tài sản. Pháp luật hiện hành không ghi nhận bên nhận bảo đảm được quyền thu giữ và nếu bên bảo đảm không chuyển giao QTSBĐ để xử lý thì chỉ có thể yêu cầu Tòa án giải quyết. Việc thu giữ gặp khó khăn khi thiếu sự hợp tác của bên bảo đảm. Quyền thu giữ TSBĐ chỉ được ghi nhận trong trường hợp cụ thể liên quan đến xử lý nợ xấu tại Nghị quyết 42/2017/NQ-CP, do vậy giải pháp thông thường các bên nhận bảo đảm có thể thu giữ được tài sản là thông qua thủ tục tư pháp tại tòa án. Điều này sẽ làm tốn thời gian và chi phí xử lý.

Nghiên cứu cũng cho thấy, pháp luật chưa tính đến đặc tính vô hình và thường liên quan đến bên thứ ba của QTS trong quy định về truy đòi TSBĐ, từ đó chưa có quy định phù hợp xác định nghĩa vụ, trách nhiệm phối hợp của bên thứ ba ứng với các QTS.

Một trong các phương thức xử lý QTSBĐ là bên nhận bảo đảm có thể bán QTSBĐ để thu hồi nợ. Phân tích cho thấy pháp luật hiện hành đã có những quy định tạo điều kiện cho bên nhận bảo đảm có quyền định đoạt QTSBĐ ngay cả trong trường hợp không có sự đồng ý của bên bảo đảm với điều kiện QTSBĐ có giá cả cụ thể, rõ ràng. Mặc dù đã có quy định có xu hướng khẳng định mạnh mẽ hơn vật quyền bảo đảm nhưng vẫn còn khá dè dặt. Trong khi đó, pháp luật ở các nước trên thế giới, bên nhận bảo đảm có thể tự định đoạt QTSBĐ nếu đảm bảo yếu tố “*thực hiện trong điều kiện thương mại hợp*”, điều này phù hợp với xu hướng chung về khẳng định vật quyền bảo đảm của bên nhận bảo đảm.

Trong xác định phạm vi của QTSBĐ, các tài sản phát sinh từ QTSBĐ đa dạng và việc áp dụng các quy chung đối với QTS trong nhiều trường hợp không phù hợp phạm vi của QTSBĐ. Do vậy, thực tiễn các bên có xu hướng thỏa thuận bao trùm cả các tài sản phát sinh từ QTSBĐ đều là TSBĐ và được Tòa án chấp nhận. Tuy vậy, chưa có quy định cố định để xác định phạm vi này nếu các bên không có sự thỏa thuận. Ở các nước, quy định về tài sản phát sinh, theo đó tạo một cơ chế tự động tài sản phát sinh trở thành TSBĐ thể hiện ưu điểm nhất định bởi có thể khắc phục bất cập này.

Quy định về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán được xây dựng tập trung vào thứ tự ưu tiên giữa các bên cùng nhận QTSBĐ, chưa chú trọng các quy định về quyền ưu tiên của bên thứ ba có lợi ích liên quan đến QTSBĐ. Bên cạnh đó, những quy định về các trường hợp ngoại lệ nhằm đảm bảo sự phù hợp trong những trường hợp nhất định trong thứ tự ưu tiên thanh toán vẫn chưa được ghi nhận đầy đủ như đặc quyền đối với bên tài trợ vốn, quyền của bên kiểm soát QTSBĐ.

**Thứ ba**, trên cơ sở những phân tích bất cập về trình tự xử lý, xác định QTSBĐ và xác định thứ tự ưu tiên thanh toán, tác giả đã đưa ra những đề xuất:

Về quy trình xử lý QTSBĐ: (i) luật nên quy định rõ bên nhận bảo đảm có quyền thu giữ QTSBĐ để xử lý mà không buộc thông qua thủ tục tư pháp tại Tòa án, (ii) QTS vô hình, đa dạng, bên thứ ba cần được thông báo có thể là bên kiểm soát hoặc chi phối QTS, vì vậy pháp luật cần xác định cụ thể bên thứ ba được nhận thông báo khi tiến hành xử lý QTSBĐ, (iii) pháp luật bảo đảm cần ghi nhận quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm đối với các QTSBĐ mạnh mẽ hơn, theo đó bên nhận bảo đảm được quyền bán QTSBĐ nếu thỏa điều kiện nhất định, (iv) pháp luật cần quy định cụ thể về sự phối hợp của bên thứ ba, trách nhiệm của bên thứ ba trong việc thực hiện quyền truy đòi và định đoạt QTSBĐ của bên nhận bảo đảm phù hợp đặc tính của QTS.

Về xác định phạm vi QTSBĐ để xử lý: (i) ghi nhận quy định về tài sản phát sinh từ QTSBĐ, trên cơ sở đó, xác định các tài sản phát sinh thuộc phạm vi TSBĐ, (ii) đề xuất phạm vi TSBĐ đối với một số QTS.

Về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán: (i) ưu tiên hiệu lực đối kháng trong trường hợp nắm giữ động sản hơn trường hợp đăng ký, (ii) thừa nhận đặc quyền ưu tiên của bên tài trợ vốn cho QTS mua, (iii) ghi nhận quyền ưu tiên của bên kiểm soát QTSBĐ, (iv) xác định cụ thể thứ tự ưu tiên của bên đầu tư vào QTSBĐ, (v) và các giải pháp xác định thứ tự ưu tiên nhận bảo đảm với bên bảo đảm và bên thứ ba trong một số trường hợp đặc biệt: thế chấp QSDĐ mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất, thế chấp QSDĐ liên quan đến quyền hưởng dụng, quyền bề mặt của bên thứ ba, thế chấp quyền SHTT liên quan đến bên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT, thế chấp quyền đòi nợ và vấn đề bù trừ nghĩa vụ giữa bên nợ và bên thế chấp.

## KẾT LUẬN CHUNG

Dựa trên những nội dung cơ bản của Lý thuyết về rủi ro, quản trị rủi ro trong hoạt động NH, lý thuyết về tài sản, lý thuyết về quyền sở hữu, lý thuyết vật quyền và trái quyền, lý thuyết về chi phí giao dịch, lý thuyết về hợp đồng và bằng các phương pháp phân tích, tổng hợp, so sánh, phân tích tình huống pháp lý, luận án đã trả lời được câu hỏi nghiên cứu tổng quát và 4 câu hỏi nghiên cứu cụ thể đã đặt ra trong chương 1. Nội dung cụ thể được thể hiện ở các chương như sau:

Tại chương 1, nghiên cứu sinh đã khảo lược, phân tích tài liệu, công trình nghiên cứu, từ đó, đánh giá và rút ra các vấn đề luận án cần tiếp tục nghiên cứu: nhận diện các loại QTS được dùng bảo đảm nghĩa, làm rõ những vấn đề lý luận về điều kiện pháp lý để QTS được dùng bảo đảm nghĩa, các vấn đề lý luận về xử lý QTSBĐ; đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn QTSBĐ ở Việt Nam, phân tích kinh nghiệm ở một số quốc gia về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS và từ đó gợi mở khả năng áp dụng ở Việt Nam; đề xuất kiến nghị và hoàn thiện pháp luật về QTSBĐ ở Việt Nam, gồm các quy định về QTS, về điều kiện pháp lý để QTS trở thành TSBĐ, về xử lý QTSBĐ trong hoạt động cho vay của các NHTM.

Tại chương 2, với chức năng trình bày được các vấn đề lý luận chung về bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS: nghiên cứu sinh đã phân tích những vấn đề lý luận về QTS nói chung, về QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, làm rõ các loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ. Đồng thời, chương 2 cũng đã phân tích các vấn đề lý luận chung về đảm bảo nghĩa vụ làm nền tảng chung cho các phân tích thực trạng về QTSBĐ ở chương 3 và chương 4. Lý luận về các điều kiện để QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ làm nền tảng cho chương 3. Lý luận về xử lý QTSBĐ làm nền tảng cho chương 4. Qua đó đã **trả lời cho câu hỏi nghiên cứu 1 “Cơ sở lý luận về bảo đảm nghĩa vụ bằng quyền tài sản tại các NHTM là gì? Các loại QTS nào được dùng bảo đảm nghĩa vụ?”**.

Bên cạnh đó, qua phân tích các quy định về các loại QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ, nghiên cứu sinh đã phát hiện một số hạn chế nhất định và đưa ra một số đề xuất hoàn thiện các quy định này, góp phần vào việc thúc đẩy các QTS được sử dụng phổ biến trong bảo đảm nghĩa vụ tại NHTM.

Tại chương 3, nghiên cứu sinh đã phân tích các điều kiện để QTS được dùng bảo đảm, đánh giá thực trạng pháp luật về điều kiện của QTSBĐ; phân tích các tình huống pháp lý từ các vụ việc trong thực tiễn để có sự kiểm nghiệm, đối chiếu và minh chứng cho những đánh giá về thực trạng pháp luật; chỉ ra những hạn chế và đề xuất những giải pháp khắc phục.

Phân tích thực trạng pháp luật tại chương này đã **trả lời cho câu hỏi nghiên cứu thứ hai “QTS cần phải thỏa mãn những điều kiện pháp lý nào để trở thành**

***TSBĐ? Những hạn chế của các quy định về điều kiện pháp lý của QTS được dùng bảo đảm cản trở QTS trở thành TSBĐ tại NHTM là gì?”***

Thực trạng về điều kiện QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ được khái quát ở một số nội dung sau:

Các quy định về điều kiện QTS phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm còn những bất cập, cần được hoàn thiện:

(i) Các quy định liên quan đến xác định quyền sở hữu của bên bảo đảm trong trường hợp QTSBĐ thuộc sở hữu chung của hộ gia đình. Quy định về xác định thành viên là chủ sở hữu của QTS thuộc sở hữu chung của hộ gia đình chưa rõ ràng dẫn đến hợp đồng bảo đảm thiếu sự tham gia đầy đủ của thành viên của hộ gia đình, từ đó dẫn đến hợp đồng thế chấp vô hiệu, ảnh hưởng đến quyền lợi NH, đến dự phòng rủi ro tín dụng. Bên cạnh đó, việc xác định hợp đồng vô hiệu trong trường hợp này chưa hoàn toàn thống nhất trong xác định vô hiệu một phần hay toàn bộ. Việc xác định hợp đồng vô hiệu toàn bộ là không phù hợp với tính chất sở hữu chung theo phần của hình thành sở hữu hộ gia đình. Ngoài ra, trong trường hợp thành viên hộ gia đình cố tình lừa dối dẫn đến giao dịch không có đầy đủ thành viên tham gia, nếu vẫn xác định hợp đồng bảo đảm vô hiệu và NH không thể xử lý QTSBĐ sẽ bảo vệ lợi ích chính đáng cho NH. Thực tiễn một số Tòa án đã cho phép NH xử lý QTSBĐ trong tình huống này, tuy nhiên chưa có hướng dẫn áp dụng thống nhất.

(ii) Xã hội công nghệ dẫn đến sự xuất hiện các QTSBĐ mới đặt ra vấn đề xác định quyền sở hữu của chủ thể nói chung, bên bảo đảm nó riêng đối với các sản phẩm của trí tuệ nhân tạo, tài sản được phát triển từ tài sản trí tuệ.

(iii) Có những quan điểm khác nhau về bảo lãnh bằng tài sản và bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản của bên thứ ba. Phân tích cho thấy bảo đảm bằng tài sản của người thứ ba có những điểm hợp lý, thể hiện sự phân định rõ bảo lãnh và bảo đảm bằng QTS. Pháp luật vẫn còn thiếu hướng dẫn cụ thể về biện pháp bảo đảm này, trong đó chưa quy định trách nhiệm của bên có nghĩa vụ được bảo đảm về việc thanh toán lại khoản tiền cho bên bảo đảm khi QTSBĐ bị xử lý để thu hồi nợ.

Về điều kiện có thể chuyển giao của QTSBĐ, pháp luật hiện hành quy định việc chuyển giao QTSBĐ còn phụ thuộc nhiều vào bên thứ ba, điều đó hạn chế khả năng các QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

Về tính xác định được của QTSBĐ, pháp luật hiện hành đã có quy định cho phép các bên có thể mô tả chung về QTSBĐ nhưng phải xác định được. Pháp luật cũng có những hướng dẫn về mô tả QTS. Tuy vậy, việc mô tả chung cần có quy định hướng dẫn thêm, đặc biệt là sự thừa nhận mô tả chung về các tài sản phái sinh hình thành trong tương lai.

Về xác định QTS hình thành trong tương lai, đối với quy định về QTSBĐ hình thành trong tương lai hiện nay vẫn là một khoảng trống khá lớn, chưa có những hướng dẫn cụ thể, trong khi bản thân các quy định chung về TSBĐ hình thành trong tương lai không thể đáp ứng.

Tại chương 4, nghiên cứu sinh đã, phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về xử lý QTSBĐ; phân tích các tình huống pháp lý từ các vụ việc trong thực tiễn để có sự kiểm nghiệm, đối chiếu và minh chứng cho những đánh giá về thực trạng pháp luật; chỉ ra những hạn chế và đề xuất những giải pháp khắc phục.

Phân tích thực trạng pháp luật tại chương này đã giúp trả lời cho **câu hỏi nghiên cứu thứ ba** “*Các quy định về xử lý QTSBĐ có những bất cập nào trong việc bảo đảm an toàn tín dụng NH, bảo đảm quyền lợi của bên bảo đảm và của các chủ thể khác có liên quan đến QTSBĐ?*”

Thực trạng về xử lý QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ được khái quát ở một số nội dung sau:

#### ***Về quyền truy đòi QTSBĐ để xử lý***

(i) Một trong những quyền quan trọng để có thể xử lý tài sản đó là quyền truy đòi tài sản để xử lý và gắn với nó là quyền thu giữ tài sản. Quyền thu giữ tài sản cũng gặp vướng mắc, pháp luật vẫn chưa có một quy định mạnh mẽ quyền thu giữ mà chỉ dùng lại ở việc thí điểm trong trường hợp xử lý nợ xấu, thay vào đó vẫn phụ thuộc nhiều vào bên bảo đảm. Điều đó gây khó khăn trong xử lý, ảnh hưởng đến an toàn tín dụng. Vì thế, luật nên quy định rõ bên nhận bảo đảm có quyền thu giữ QTSBĐ để xử lý mà không nhất thiết thông qua thủ tục tư pháp tại Tòa án, với điều kiện không làm mất trật tự, an toàn xã hội. Điều này tương tự như tiêu chí “không phá vỡ sự bình yên” khi thu giữ TSBĐ được quy định trong UCC của Mỹ. Kiến nghị này cũng phù hợp với định hướng của Uncitral trong hướng dẫn về giao dịch bảo đảm.

(ii) Sự ra đời của NĐ 21/2021/NĐ-CP là một bước tiến trong ghi nhận về phương thức xử lý QTSBĐ ở Việt Nam, trong đó ghi nhận rõ nét hơn vật quyền bảo đảm của bên nhận bảo đảm khi cho phép bên nhận bảo đảm được bán QTSBĐ với điều kiện QTS có “giá cả cụ thể, rõ ràng” trên thị trường. Tuy nhiên, so với các nước, quy định này vẫn còn dè dặt, nhiều trường hợp QTS không thể xác định giá “cụ thể, rõ ràng” nên với quy định này, bên nhận bảo đảm không thể tự bán. Do vậy, tham khảo giải pháp của các nước Mỹ, Úc, nghiên cứu sinh cho rằng quy định cho phép bên nhận bảo đảm được bán QTSBĐ trong điều kiện thương mại hợp lý, với tinh thần thiện chí trung thực là giải pháp có thể tham khảo, chọn lựa.

***Về xác định phạm vi QTSBĐ để xử lý***, phân tích thực tiễn đối với một số QTS cho thấy, các bên có xu hướng thỏa thuận mang tính bao trùm để có một phạm vi TSBĐ đủ rộng khi cần xử lý QTS. Các thỏa thuận này của các bên vẫn được cơ quan

công chứng và Tòa án chấp nhận. Tuy nhiên, thực tiễn này cũng đặt ra yêu cầu đối với pháp luật về xác định một phạm vi cố định trong Luật để đảm bảo vật quyền xử lý của bên bảo đảm, hạn chế rủi ro tín dụng. Vấn đề được đặt ra làm làm thế nào để xác định rõ các tài sản phát sinh từ tài sản gốc thuộc TSBD hay không? Vấn đề thứ hai là QTS được chuyển hóa thành tài sản khác thì tài sản này có còn thuộc phạm vi bảo đảm hay không. Pháp luật hiện hành có một số nội dung điều chỉnh liên quan đến tài sản phát sinh thể hiện tại ND 21/2021/NĐ-CP về “biến động của TSBD”, tuy nhiên chỉ dừng lại ở một số quy định cụ thể, chưa tạo thành quy định chung, có tính hệ thống. Do đó, tham khảo pháp luật các nước, tiêu biểu là UCC và thông lệ quốc tế, nghiên cứu sinh đề xuất xây dựng quy định về tài sản phát sinh, từ đó tạo một cơ chế tự động khi xử lý QTSBD có thể bao gồm các tài sản phát sinh, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Trong phạm vi luận án này, nghiên cứu sinh đề cập đến xác định tài sản phát sinh đối với quyền đòi nợ, phần vốn góp, QTS đối với đối tượng quyền SHTT. Đối với QSDĐ là QTS đặc biệt, pháp luật có những điều chỉnh riêng biệt, trong luận án, nghiên cứu sinh tập trung vào vướng mắc trong xác định phạm vi TSBD là QSDĐ trong mối quan hệ với tài sản gắn liền với đất.

Những phân tích về phạm vi QTSBD cũng như đề xuất xây dựng quy định về QTS phát sinh được nghiên cứu sinh dựa trên các lý thuyết về vật quyền, lý thuyết về rủi ro và quản lý rủi ro tín dụng NH. Cụ thể, khi xây dựng quy định về tài sản phát sinh, ở góc độ lý thuyết vật quyền, có thể cho phép NH theo đuổi QTSBD khi QTS này bị chuyển giao vào tay chủ thể khác hoặc bị chuyển hóa thành một dạng tài sản khác. Xét ở khía cạnh lý thuyết rủi ro và quản trị rủi ro NH, với quy định này, tăng hiệu quả thu hồi nợ từ nguồn dự phòng là QTSBD, tránh trường hợp khoản nợ có bảo đảm trở thành không bảo đảm vì QTSBD không còn do đã chuyển hóa hoặc bị chuyển giao cho chủ thể thứ ba.

*Về xác định thứ tự ưu tiên*, phân tích thực trạng về xác định thứ tự ưu tiên trong xử lý QTS cho thấy còn nhiều bất cập. Thứ tự ưu tiên theo quy định của pháp luật Việt Nam vẫn dựa vào những nguyên tắc chung theo thông lệ quốc tế, đó là dựa vào sự kết hợp tiêu chí thời gian và hiệu lực đối kháng. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam vẫn chưa có những ghi nhận riêng, ngoại lệ phù hợp với đặc tính của QTS, nên chưa bảo vệ tốt nhất lợi ích của các bên trong những trường hợp nhất định. Các ngoại lệ được đề cập gồm ngoại lệ trong xác định quyền ưu tiên của bên tài trợ vốn, xác định quyền ưu tiên của bên kiểm soát tài sản. Ngoài ra, đặc tính của QTS còn thể hiện ở việc thường liên quan đến bên thứ ba, theo đó những quy định liên quan đến bên thứ ba vẫn còn bất cập như bên đầu tư, bên nợ trong quyền đòi nợ, bên có tài sản gắn liền với đất, bên có quyền hưởng dụng, quyền bề mặt trên QTSBD. Nghiên cứu sinh đã phân tích thực trạng và đưa ra những kiến nghị trên đảm bảo an toàn tín dụng, vừa dung hòa lợi ích của bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm, bảo vệ quyền lợi chính đáng của bên thứ ba có lợi ích liên quan đến QTSBD.

**Nội dung trả lời cho câu hỏi thứ tư** “*Giải pháp pháp lý nào nhằm đa dạng hóa QTS được dùng bảo đảm nghĩa vụ, cũng như nhằm nâng cao hiệu quả việc sử dụng QTS để bảo đảm nghĩa vụ trong hoạt động cho vay của các NHTM ở Việt Nam?*” được thể hiện trong phần kiến nghị tại các chương 2, chương 3 và chương 4. Theo đó nghiên cứu sinh dựa trên kết quả phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật về QTSBĐ gồm nhận diện các loại QTS được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ (chương 2), các điều kiện pháp lý để các QTS trở thành TSBĐ (chương 3) và vấn đề xử lý QTSBĐ (chương 4), từ đó đưa ra các đề xuất cụ thể nhằm góp phần hoàn thiện các quy định về QTSBĐ trong hoạt động cho vay của NHTM.

*Một số kiến nghị trọng tâm được nghiên cứu sinh đưa ra gồm:*

(1) Tiếp cận QTSBĐ theo chức năng, theo hướng “lợi ích bảo đảm”. Kiến nghị này được đề xuất dựa trên kết quả chọn lọc quy định của pháp luật của một số quốc gia, đây cũng là xu hướng chung hiện nay của các nước trên thế giới. Với cách tiếp cận này sẽ tạo điều kiện cho các QTS hiện có và các QTS mới xuất hiện trong nền kinh tế hiện đại trở thành QTSBĐ; tận dụng, thúc đẩy, khuyến khích mọi loại tài sản có thể trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm và khai thác tối đa giá trị của QTS.

(2) Sửa đổi, bổ sung Luật SHTT như sau: (i) Quy định hướng dẫn việc xác định chủ sở hữu của tài sản trí tuệ được tạo ra từ trí tuệ nhân tạo trong trường hợp có sự tham gia đóng góp của nhiều chủ thể, (ii) Quy định xác định giá trị quyền SHTT được phát triển từ tài sản trí tuệ (ví dụ phần mềm) trong mối quan hệ giữa bên trực tiếp phát triển phần mềm và bên nhận chuyển nhượng và sử dụng dịch vụ phát triển phần mềm.

(3) Sửa đổi Điều 295 BLDS 2015 như sau: “*Tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản, bảo lưu quyền sở hữu. Trường hợp TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai thì chỉ cần có cơ sở nhất định xác định TSBĐ thuộc sở hữu bên bảo đảm trong tương lai*”. Kiến nghị này nhằm khắc phục sự mâu thuẫn trong lý luận về điều kiện QTSBĐ phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm và QTSBĐ có thể là QTS hình thành trong tương lai.

(4) Quy định cụ thể xác định lộ trình hình thành của tài sản để đảm bảo khả năng “chắc chắn” hình thành của QTS hình thành trong tương lai. Đối với QTS là tài sản vô hình, lộ trình hình thành này không dựa vào sự hình thành về yếu tố vật chất, thay vào đó là các quy định phản ánh khả năng nắm giữ, kiểm soát QTS về mặt pháp lý. Trước mắt là lộ trình hình thành các QTS như quyền đòi nợ, quyền SHTT, phần vốn góp, cổ phần. Quy định này tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho các bên sử dụng QTS hình thành trong tương lai bảo đảm nghĩa vụ.

(5) Quy định rõ bên nhận bảo đảm có quyền thu giữ QTSBĐ để xử lý mà không nhất thiết thông qua thủ tục tư pháp tại Tòa án. Kiến nghị này ý nghĩa giúp tăng cường tính chủ động của bên nhận bảo đảm trong xử lý QTSBĐ, góp phần giảm chi phí xã hội cũng như hạn chế tốt hơn rủi ro tín dụng.



(6) Ghi nhận quyền định đoạt của bên nhận bảo đảm đối với các QTSBĐ mạnh mẽ hơn, theo đó bên nhận bảo đảm được quyền bán QTSBĐ nếu thỏa điều kiện nhất định: (1) Bên nhận bảo đảm đã thực hiện một cách trung thực và cân trọng, (2) định đoạt trong điều kiện thương mại hợp lý. Điều kiện thương mại hợp lý gồm các yếu tố: (i) điều kiện thương mại thông thường; (ii) theo giá hiện thời trên thị trường được thừa nhận tại thời điểm định đoạt; hoặc (iii) phù hợp với tập quán thương mại giữa các nhà kinh doanh về loại QTS thuộc đối tượng xử lý. Kiến nghị này giúp NH nhận bảo đảm thuận lợi hơn định đoạt QTSBĐ cần xử lý, hạn chế rủi ro tín dụng nhờ vào việc giảm phụ thuộc ý chí của các bên liên quan, phù hợp lý thuyết vật quyền trong quan hệ bảo đảm. Dù vậy, kiến nghị cũng đưa ra những điều kiện nhất định khi thực hiện quyền định đoạt, điều này nhằm tránh việc NH lợi dụng quyền này gây thiệt hại cho bên bảo đảm và bên thứ ba có lợi ích liên quan đến QTSBĐ.

(7) Quy định cụ thể về sự phối hợp của bên thứ ba, trách nhiệm của bên thứ ba trong việc thực hiện quyền truy đòi và định đoạt QTSBĐ của bên nhận bảo đảm. Kiến nghị nhằm một mặt tạo cơ sở pháp lý rõ ràng giúp NH nắm giữ, kiểm soát QTSBĐ, cũng như khi xử lý. Bên cạnh đó, cũng tạo cơ sở pháp lý rõ ràng giúp bên thứ ba cần phải làm gì thì mới đúng với quy định pháp luật, hiểu rõ quyền hạn và trách nhiệm của mình thay vì các quy định chung như hiện nay.

(8) Xây dựng quy định về tài sản phát sinh từ QTSBĐ trên cơ sở kế thừa có chọn lọc định nghĩa tài sản phát sinh của UCC (Điều 9, mục 9-102(64)) để vận dụng cho Việt Nam vì tính rõ ràng, đầy đủ của nó. Kiến nghị này được thực hiện sẽ tạo nên một cơ chế xác lập quyền của bên nhận bảo đảm đối với tài sản mới phát sinh từ QTSBĐ, cũng như đối với tài sản phát sinh từ tài sản phát sinh, điều này đặc biệt quan trọng trong nền kinh tế thị trường hiện, khi mà các QTS nhiều khả năng chuyển hóa thành dạng tài sản khác do sự đa dạng của quan hệ dân sự, thương mại. Quy định về tài sản phát sinh thể hiện được quyền theo đuổi của bên nhận bảo đảm theo lý thuyết vật quyền.

(9) Hoàn thiện pháp luật về xác định thứ tự ưu tiên thanh toán khi xử lý QTSBĐ: thừa nhận đặc quyền ưu tiên của bên tài trợ vốn cho QTS mua; ghi nhận quyền ưu tiên của bên kiểm soát QTSBĐ và một số kiến nghị khác liên quan đến xác định thứ tự ưu tiên trong trường hợp có sự đầu tư vào QTSBĐ, hoặc có liên quan đến bên có quyền khác đối với QTSBĐ. Các kiến nghị này nhằm giải quyết những vướng mắc trong xác định thứ tự ưu tiên khi xử lý QTSBĐ hiện nay, đây là nội dung đang rất được quan tâm trong thực tiễn áp dụng pháp luật hiện nay. Các kiến nghị này đề xuất thứ tự ưu tiên để có cơ sở pháp lý cụ thể, rõ ràng trên cơ sở dung hòa được lợi ích của bên nhận bảo đảm, bên bảo đảm và bên thứ ba có liên quan lợi ích đối với QTSBĐ.

Luận án không nghiên cứu một số khía cạnh khác về QTSBĐ như: (i) vấn đề định giá QTSBĐ, quy định về trình tự, thủ tục đăng ký biện pháp bảo đảm có đối

tượng là QTS. Các vấn đề này sẽ được nghiên cứu sinh phân tích trong các công trình nghiên cứu khác.

Luận án có những hạn chế nhất định là chưa thể phân tích sâu tất cả các vấn đề liên quan đến bảo đảm nghĩa vụ bằng QTS. Tuy nhiên, với những vấn đề được phát hiện, những đề xuất, giải pháp nêu ra nếu được áp dụng sẽ góp phần thúc đẩy hoạt động cho vay của NH đối với QTSBĐ, dung hòa tốt hơn quyền lợi của các bên trong quan hệ bảo đảm nhưng vẫn bảo đảm nguyên tắc an toàn tín dụng.