
NHỮNG BẤT CẬP CỦA THÔNG TƯ 07/2015/TT-NHNN VỀ BẢO LÃNH NGÂN HÀNG Ở VIỆT NAM

Đinh Xuân Trinh

Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam - VIAC, Hà Nội, Việt Nam

Đặng Thị Nhân¹

Trường Đại học Ngoại thương, Hà Nội, Việt Nam

Ngày nhận: 02/03/2022; Ngày hoàn thành biên tập: 28/06/2022; Ngày duyệt đăng: 30/06/2022

Tóm tắt: Thông tư 07/2015/TT-NHNN về Bảo lãnh ngân hàng đã tạo ra một cơ sở pháp lý thông thoáng cũng như làm cho các quy định của Việt Nam về bảo lãnh tiệm cận với các quy tắc quốc tế mới nhất về bảo lãnh theo yêu cầu của Phòng Thương mại Quốc tế là URDG758 ICC 2010. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện đã xuất hiện nhiều bất cập của Thông tư này. Bài viết sử dụng các phương pháp phân tích, tổng hợp, đối chiếu, so sánh luật nhằm chỉ ra và đề xuất hướng sửa đổi một số bất cập của Thông tư 07/2015/TT-NHNN liên quan đến các vấn đề như: khái niệm bảo lãnh ngân hàng, vấn đề sử dụng ngôn ngữ trong cam kết bảo lãnh ngân hàng, tính độc lập của cam kết bảo lãnh, về thời gian kiểm tra văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ, về nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh, quan hệ giữa hợp đồng cơ sở và cam kết bảo lãnh, vấn đề chuyển nhượng cam kết bảo lãnh.

Từ khóa: Bảo lãnh ngân hàng, Cam kết bảo lãnh, Bên bảo lãnh, Bên được bảo lãnh, Bên nhận bảo lãnh

INADEQUACIES OF CIRCULAR 07/2015/TT-NHNN ON BANK GUARANTEES IN VIETNAM

Abstract: Circular 07/2015/TT-NHNN on stipulating the bank guarantee has opened a clear legal environment for the application of the guarantee method in the Vietnamese economy as well as making regulations of Vietnam on guarantees close to the latest international rules on guarantees issued by the International Chamber of Commerce, URDG758 ICC 2010. However, in the process of implementation, many inadequacies of this Circular have appeared. The study uses analytical, synthesis, law comparison methods to point out inadequacies and propose directions for amending Circular 07/2015/TT-NHNN related to issues such as: the concept of a bank guarantee, the issue of using language in the bank guarantee commitment, independence of the bank guarantee commitment, time to check the written demand for performance of obligations, obligations of the

¹ Tác giả liên hệ, Email: dangthinhan@ftu.edu.vn

guarantor, the relationship between the underlying contract and the guarantee commitment, issues of transferable guarantee commitment.

Keywords: Bank Guarantees, Letter of Guarantee (L/G), Guarantor, Applicant, Beneficiary

1. Giới thiệu chung

Cho đến nay, Việt Nam đã ban hành một số văn bản pháp luật quy định về bảo lãnh như Bộ luật Dân sự Việt Nam 2015, Luật các tổ chức tín dụng năm 2010, các văn bản dưới luật như Thông tư số 07/2015/TT-NHNN, được sửa đổi, bổ sung bằng Thông tư số 13/2017/TT-NHNN và Thông tư số 09/VBHN-NHNN của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về Bảo lãnh ngân hàng. Đó là sự đúc kết từ việc áp dụng và trải nghiệm một chuỗi các văn bản pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng từ thời điểm mở cửa nền kinh tế Việt Nam.

Có thể nói, Thông tư 07/2015/TT-NHNN (gọi tắt là Thông tư 07) đã mở ra một đại lộ pháp lý thông thoáng cho việc áp dụng phương thức bảo lãnh tại Việt Nam, làm cho các quy định về bảo lãnh của Việt Nam tiệm cận với các quy tắc quốc tế mới nhất về bảo lãnh theo yêu cầu của Phòng Thương mại Quốc tế là URDG758 2010 (ICC Uniform Rules for Demand Guarantee – URDG758 ICC 2010). Tuy nhiên, sau gần 7 năm áp dụng, Thông tư 07 cũng đã xuất hiện những vấn đề bất cập. Ngân hàng Nhà nước hiện đang lấy ý kiến của các đơn vị, các tổ chức, các chuyên gia và nhân dân cho việc ban hành Thông tư mới thay thế Thông tư 07.

Ngoài phần giới thiệu chung, phần 2 của bài viết tổng quan tình hình nghiên cứu. Phần 3 trình bày phương pháp và phạm vi nghiên cứu. Phần 4 phân tích những bất cập chính của Thông tư 07. Phần 5 đưa ra một số gợi ý đề xuất sửa đổi, bổ sung các bất cập của Thông tư 07. Phần 6 đưa ra kết luận.

2. Tổng quan nghiên cứu

Bảo lãnh ngân hàng được xem là một phương thức tài trợ thương mại quốc tế hiện đại của các ngân hàng thương mại đối với các doanh nghiệp. Vì vậy, trên thế giới đã có không ít những công trình nghiên cứu về phương thức này nhằm giới thiệu chung về bảo lãnh, các loại bảo lãnh, điều kiện và cơ chế thanh toán bảo lãnh, tính chất của bảo lãnh, các bên tham gia, vai trò của ngân hàng trong bảo lãnh, những vấn đề về gian lận (Roland, 2004), các loại bảo lãnh, các quy tắc, thực hành, luật và công ước về bảo lãnh, bảo lãnh tuân thủ URDG 758 (Nordea Trade Finance, 2010). ICC cũng đã ban hành Các quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu (Uniform Rules for Demand Guarantees - URDG) ra đời năm 1992, phiên bản số 458. 18 năm sau, URDG được sửa đổi lần thứ nhất vào năm 2010, với phiên bản 758 (gọi tắt là URDG 758) và hiện đang là phiên bản được nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam áp dụng.

Ở trong nước, về học thuật, phương thức bảo lãnh cũng đã được hướng dẫn sử dụng trong cuốn giáo trình Thanh toán quốc tế của Trường Đại học Ngoại thương

(Đinh & Đặng, 2018). Về cơ sở pháp lý, hiện nay, hoạt động bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam được quy định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2015, Luật các tổ chức tín dụng 2010, Thông tư 07/2015/TT-NHNN, Thông tư 13/2017/TT-NHNN sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư 07/2015/TT-NHNN. Thông tư 07 trong quá trình thực hiện tại Việt Nam đã có một số nghiên cứu trao đổi đề cập đến vấn đề này như Nguyễn (2015), Ninh (2015). Ngân hàng Nhà nước cũng đã có bảng hướng dẫn và giải đáp chi tiết về việc hiểu các điều khoản của Thông tư 07 (Ngân hàng Nhà nước, 2015a). Sau hai năm áp dụng Thông tư 07, Ngân hàng Nhà nước cũng đã ban hành Thông tư 13/2017/TT-NHNN sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư 07 với nội dung sửa đổi, bổ sung chủ yếu liên quan đến bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai. Tiếp sau đó, Ngân hàng Nhà nước đã ban hành Thông tư 09/VBHN-NHNN để hợp nhất Thông tư 07 và Thông tư 13 về Bảo lãnh ngân hàng. Thông tư 07 được ban hành và triển khai thực hiện được 7 năm, đã sửa đổi, bổ sung một lần vào năm 2017 (Thông tư 13). Trong quá trình thực hiện đã tiếp tục phát sinh một số vấn đề vướng mắc cần ban hành thông tư mới để thay thế. Vì vậy, Ngân hàng Nhà nước đang lấy ý kiến của các đơn vị, các tổ chức, các chuyên gia và nhân dân cho việc ban hành thông tư mới thay thế Thông tư 07. Trên cơ sở các ý kiến đóng góp của các đơn vị, các tổ chức, các chuyên gia..., Ngân hàng Nhà nước đã có Dự thảo Thông tư thay thế Thông tư 07 và Thông tư 13 (Ngân hàng Nhà nước, 2021). Ngân hàng Nhà nước hiện nay vẫn đang tiếp tục xin ý kiến cho bản Dự thảo nêu trên. Vì vậy, chúng tôi xin tiếp tục phân tích những điểm bất cập của Thông tư 07 để nhằm hoàn thiện bản Dự thảo thay thế Thông tư 07 trong thời gian tới.

3. Phương pháp nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu

Nhóm tác giả sử dụng các phương pháp nghiên cứu định tính như phương pháp phân tích, tổng hợp, so sánh luật học trong việc xây dựng nội dung của bài viết. Phạm vi nghiên cứu của bài viết chỉ tập trung phân tích về mặt học thuật những quy định pháp lý trong Thông tư 07 còn có những bất cập gì, đồng thời đối chiếu so sánh các điều khoản còn có bất cập của Thông tư 07 với Quy tắc về bảo lãnh theo yêu cầu – URDG 758 2010 của ICC, Bộ luật Dân sự Việt Nam 2015 và Luật các tổ chức tín dụng 2010. Bài viết không đề cập đến những bất cập trong việc thực hiện Thông tư 07 đã làm phát sinh các rủi ro và tranh chấp trong thực tế. Qua quá trình giảng dạy và nghiên cứu nhiều năm về nghiệp vụ bảo lãnh tại Trường Đại học Ngoại thương, với góc nhìn chủ quan, mang tính lý thuyết, nhóm tác giả xin được phân tích một số bất cập của Thông tư 07 và một số đề xuất cho việc sửa đổi Thông tư này.

4. Phân tích những bất cập chính của Thông tư 07

4.1 Khái niệm bảo lãnh ngân hàng

“Bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ

đã cam kết với bên nhận bảo lãnh; bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh” (Thông tư 07, Điều 3). Khái niệm còn những bất cập sau:

Thứ nhất, khái niệm bảo lãnh ngân hàng của Thông tư 07 chưa đảm bảo được tính thống nhất với khái niệm của Bộ luật Dân sự 2015 và Luật các tổ chức tín dụng 2010. Nguyên tắc xây dựng, ban hành các văn bản quy phạm pháp luật là phải đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam (Quốc hội, 2016), cho nên ba khái niệm về bảo lãnh quy định trong Thông tư 07, Luật các tổ chức tín dụng 2010 và Bộ luật Dân sự 2015 không nên có sự khác biệt cơ bản về nội hàm khái niệm, cụ thể:

Vấn đề xác định thời điểm phát sinh nghĩa vụ của bên bảo lãnh

Thời điểm phát sinh nghĩa vụ thanh toán thay là “khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh” (Bộ luật Dân sự 2015, Điều 335). Trong khi đó, khái niệm về bảo lãnh trong Điều 4 Luật các tổ chức tín dụng 2010 và trong Điều 3 Thông tư 07 đã không quy định như vậy, mà chỉ nêu “bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”.

Quy định thời điểm phát sinh nghĩa vụ thanh toán thay như Điều 335 Bộ luật Dân sự 2015 là “khi đến hạn thực hiện nghĩa vụ” mà bên được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ với bên nhận bảo lãnh thì bên bảo lãnh mới có trách nhiệm thực hiện thay nghĩa vụ, có nghĩa là “thời điểm phát sinh nghĩa vụ thanh toán thay” phải xảy ra trước khi cam kết bảo lãnh hết hiệu lực, còn sau khi cam kết bảo lãnh chấm dứt thì bên bảo lãnh không có trách nhiệm thực hiện thay nghĩa vụ cho bên được bảo lãnh.

Ngược lại, khái niệm bảo lãnh ngân hàng trong Luật các tổ chức tín dụng 2010 và Thông tư 07 không chỉ ra “thời điểm phát sinh thực hiện thay nghĩa vụ”, mà chỉ nêu chung chung là “sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”.

Tóm lại, việc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ của bên được bảo lãnh phải xảy ra trước khi cam kết bảo lãnh hết hiệu lực thì bên bảo lãnh mới có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh, còn sau khi cam kết bảo lãnh chấm dứt sự tồn tại thì bên bảo lãnh sẽ không còn trách nhiệm.

Cần sự thống nhất về thuật ngữ trong khái niệm

Giữa ba khái niệm về bảo lãnh ngân hàng còn thể hiện sự không thống nhất về thuật ngữ, nếu như trong khái niệm thuộc Bộ luật Dân sự 2015 nói rõ bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh, nếu khi đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ mà bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, thì ngược lại, trong khái niệm Luật các tổ chức tín dụng 2010 và Thông tư 07

lại quy định thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ. Không đúng nghĩa vụ và không đầy đủ nghĩa vụ là hai phạm trù pháp lý hoàn toàn khác nhau về chất, về phạm vi và về mức độ vi phạm.

Thứ hai, bảo lãnh là hình thức cấp tín dụng hay là một phương thức tài trợ. Tín dụng (credit) và tài trợ (financing, sponsorship): nếu xét về mặt hình thức, tín dụng là quan hệ sử dụng vốn lẫn nhau giữa người cho vay và người đi vay dựa trên nguyên tắc có hoàn trả vốn là tiền lãi. Ngược lại, tài trợ là hoạt động hỗ trợ các nguồn lực vật chất và tài chính của một tổ chức, cá nhân cho một sự kiện, một hoạt động độc lập, một thể nhân hoặc một tổ chức tài chính để đổi lấy các lợi ích mà họ mong muốn sẽ nhận được từ chính các hoạt động đó (Đình & Đặng, 2018).

Theo Điều 4.14 Luật các tổ chức tín dụng 2010, cấp tín dụng là bằng tiền: “Cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác” thì khái niệm bảo lãnh tại Điều 335 Bộ luật Dân sự 2015 không chỉ rõ bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ là nghĩa vụ gì? Ngoài nghĩa vụ thanh toán bằng tiền ra, liệu có còn nghĩa vụ nào khác không? Ví dụ, nếu bên có nghĩa vụ trả nợ vay mà không trả được thì bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thanh toán thay bằng tiền tệ. Nếu bên có nghĩa vụ không bán hết chứng khoán dự định phát hành thì bên bảo lãnh phát hành chứng khoán cam kết bao tiêu một phần hoặc toàn bộ chứng khoán của tổ chức phát hành. Nếu coi Bảo lãnh là hình thức cấp tín dụng, thì giải thích như thế nào trong trường hợp bảo lãnh phát hành chứng khoán?

So sánh khái niệm bảo lãnh giữa Bộ luật Dân sự 2015 (luật gốc) và Luật các tổ chức tín dụng 2010 (luật cụ thể) chỉ cần đảm bảo sự tương thích về nội hàm, miễn là không mâu thuẫn với nhau. Bảo lãnh quy định trong Bộ luật Dân sự 2015 là một phương thức tài trợ (financing mode), còn tài trợ bằng vật gì lại phụ thuộc bên bảo lãnh là ai (Guarantor), ví dụ, nếu bên bảo lãnh là ngân hàng thì tài trợ chủ yếu bằng tiền, còn ngược lại, nếu bên bảo lãnh là công ty kinh doanh chứng khoán thì có thể tài trợ bằng chứng từ có giá, là công ty kinh doanh bất động sản có thể tài trợ bằng quyền sử dụng đất. Nếu coi bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng thì chưa thấy được bản chất cấp tín dụng của ngân hàng thương mại và hạ thấp vai trò của tín dụng ngân hàng trong nền kinh tế quốc dân.

Thứ ba, cấu trúc của khái niệm không đồng nhất, đoạn đầu khái niệm bảo lãnh trong Thông tư 07 coi bảo lãnh là hình thức cấp tín dụng, nhưng đoạn dưới tiếp theo lại ghi “theo đó, bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh”. Hai hành vi tài chính này là hoàn toàn khác nhau. Trong quan hệ giữa người đi vay và người cho vay, người đi vay cam kết với người cho vay là sẽ trả vốn và lãi đúng hạn, còn ngược lại, người cho

vay đồng ý cho người đi vay vay tiền; không bao giờ trong quan hệ này mà người cho vay lại cam kết cho người đi vay vay tiền.

Thứ tư, khái niệm chưa nói rõ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh thể hiện ở văn bản hay chứng từ nào. Cụ thể, khái niệm ghi “khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”, nhưng chưa nói lên sự cam kết này được thể hiện ở văn bản hay chứng từ nào, do đó, nội hàm của khái niệm còn chưa rõ ràng.

Ví dụ, cam kết giữa bên được bảo lãnh (công ty B, tức là người mua) với bên nhận bảo lãnh (công ty A, tức là người bán) là cam kết trong hợp đồng mua bán giữa công ty B và công ty A. Nếu như công ty B vi phạm nghĩa vụ quy định trong hợp đồng mua bán, thì bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ thanh toán thay cho công ty B?

Nếu khái niệm chỉ rõ “cam kết trong giao dịch cơ sở”, trong trường hợp này là hợp đồng mua bán giữa công ty A và công ty B, thì điều đó hoàn toàn trái ngược với đặc tính của bảo lãnh ngân hàng là nó mang tính độc lập với hợp đồng cơ sở.

Thứ năm, cần nói rõ “bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh” là loại cam kết gì. Cam kết là một loại hình giao dịch dân sự, là hành vi pháp lý đơn phương thể hiện ý chí tự ràng buộc của người cam kết với bên nhận bảo lãnh, do đó, nội hàm của sự cam kết phải được giới hạn trong một phạm vi nhất định và vì thế có thể bao gồm những định dạng khác nhau. Có thể liệt kê một số định dạng cam kết khác nhau mà bên nhận bảo lãnh có quyền lựa chọn sao cho thích hợp (Đình & Đặng, 2018): (i) Xét về điều kiện cam kết, ta có thể chia ra cam kết có điều kiện và cam kết không điều kiện; (ii) Xét về hình thức của cam kết, có thể chia ra cam kết bằng văn bản và cam kết bằng lời nói; (iii) Xét về sự ổn định của cam kết, lại có thể chia ra cam kết không có thể hủy bỏ và cam kết có thể hủy bỏ; (iv) Xét về sự đối ứng của cam kết, có thể gồm cam kết đối ứng và cam kết không đối ứng; (v) Xét về tính minh bạch của cam kết, chia ra cam kết rõ ràng (definite undertaking) và cam kết chung.

Theo chúng tôi, nên lựa chọn định dạng cam kết bảo lãnh ngân hàng là không thể hủy bỏ (irrevocable undertaking) trong khái niệm là thích hợp hơn cả.

Thứ sáu, nên viết lại điều 3.12 cho phù hợp với điều 3.1. Điều 3.12 Thông tư 07 quy định: “cam kết bảo lãnh là văn bản do bên bảo lãnh hoặc bên bảo lãnh đối ứng hoặc bên xác nhận bảo lãnh phát hành theo một trong các hình thức thư bảo lãnh hoặc hợp đồng bảo lãnh”. Thư bảo lãnh là văn bản cam kết của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh, còn hợp đồng bảo lãnh là văn bản thỏa thuận giữa bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh. Vậy, khái niệm bảo lãnh ngân hàng quy định tại Điều 3.1 của Thông tư 07: “Bảo lãnh ngân hàng là bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh ...” liệu có còn phù hợp với khái niệm hợp đồng bảo lãnh: “là văn bản thỏa thuận...”? Khái niệm về

hợp đồng bảo lãnh quy định tại Điều 3.12(b) thuộc Thông tư 07 nên viết lại sao cho phù hợp với khái niệm bảo lãnh ngân hàng quy định tại Điều 3.1.

4.2 Sử dụng ngôn ngữ trong cam kết bảo lãnh ngân hàng

Có hai loại ngôn ngữ thể hiện trong cam kết bảo lãnh, một là ngôn ngữ của bản thân cam kết bảo lãnh, hai là ngôn ngữ của các chứng từ xuất trình thuộc bảo lãnh.

Về ngôn ngữ của cam kết bảo lãnh

Điều 7 Thông tư 07 quy định “các văn bản trong giao dịch bảo lãnh gồm thỏa thuận cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh phải được lập bằng tiếng Việt”. Quy định như vậy là phù hợp đối với cam kết bảo lãnh không có yếu tố nước ngoài. Cũng tại điều này, quy định trong trường hợp cam kết bảo lãnh có yếu tố nước ngoài, “các bên liên quan được thỏa thuận sử dụng tiếng nước ngoài và phải dịch ra tiếng Việt, có xác nhận của người đại diện hợp pháp của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài kèm theo khi có yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền” là chưa hợp lý.

Cam kết bảo lãnh có yếu tố nước ngoài thành lập ở Việt Nam ít nhất bao gồm hai chủ thể, một là bên Việt Nam, hai là bên nước ngoài. Các chủ thể này thường không nói chung một ngôn ngữ, cho nên phải sử dụng cả hai ngôn ngữ để thể hiện nội dung của cam kết bảo lãnh.

Tôn trọng các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự Việt Nam 2015 là không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử, cho nên hai ngôn ngữ sử dụng trong Cam kết bảo lãnh có yếu tố nước ngoài phải có giá trị pháp lý ngang nhau. Quy định như Điều 7 Thông tư 07 là không tuân thủ nguyên tắc cơ bản quy định trong Bộ luật Dân sự Việt Nam 2015.

Ngày nay, các ngân hàng thường sử dụng mạng SWIFT để phát hành các phương thức thanh toán như chuyển tiền, nhờ thu, tín dụng chứng từ, tín dụng dự phòng và bảo lãnh ngân hàng. Thông tư 07 có đề cập đến việc sử dụng mạng SWIFT tại khoản 5, Điều 15 nhưng không rõ ràng: “Đối với các cam kết bảo lãnh phát hành thông qua mạng SWIFT giữa các ngân hàng, tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài thực hiện theo hình thức và quy trình phát hành cam kết bảo lãnh của mạng SWIFT giữa các ngân hàng. Tổ chức tín dụng và chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải có quy trình giám sát, quản lý hoạt động phát hành bảo lãnh đối với trường hợp này đảm bảo an toàn và hiệu quả”. Các mẫu điện qua mạng SWIFT đều phát hành bằng tiếng Anh, vậy tuân thủ Điều 15 Thông tư 07/2015 như thế nào.

Về ngôn ngữ của văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh theo cam kết bảo lãnh

Theo Điều 7, Thông tư 07: “Các văn bản sử dụng trong giao dịch bảo lãnh bao gồm thỏa thuận cấp bảo lãnh, cam kết bảo lãnh, phải được lập bằng tiếng Việt” nhưng điều 15 lại chưa quy định ngôn ngữ của các “văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh”, để yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh phải gửi

văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh kèm theo hồ sơ theo thỏa thuận tại cam kết cho bên bảo lãnh (Thông tư 07, Điều 21).

4.3 Tính độc lập của cam kết bảo lãnh ngân hàng

Một đặc tính rất cốt lõi của cam kết bảo lãnh theo yêu cầu hay cam kết bảo lãnh đối ứng là tính độc lập của cam kết bảo lãnh với hợp đồng cơ sở (underlying contract) hay giao dịch cơ sở (underlying transaction) hay mối quan hệ cơ sở (underlying relationship): “Bảo lãnh về bản chất là độc lập với mối quan hệ cơ sở và đơn yêu cầu phát hành bảo lãnh và người bảo lãnh không có bất cứ quan hệ hoặc ràng buộc nào vào các mối quan hệ như thế” (URDG 758, Điều 5).

Trong thực tiễn, ngân hàng phát hành bảo lãnh theo yêu cầu của khách hàng phải căn cứ vào những yêu cầu của khách hàng quy định trong đơn yêu cầu phát hành để thiết kế nội dung một cam kết bảo lãnh và phát hành cam kết bảo lãnh đó cho bên nhận bảo lãnh thụ hưởng. Ngoài ra, ngân hàng không phải dựa vào hợp đồng cơ sở, nếu có, chỉ là nhằm mục đích tham khảo, về mặt pháp lý không có liên quan gì.

Bên bảo lãnh dựa duy nhất vào đơn yêu cầu phát hành cam kết bảo lãnh để phát hành một cam kết bảo lãnh theo yêu cầu hay cam kết bảo lãnh đối ứng cho bên thụ hưởng và chịu trách nhiệm với bên thụ hưởng về những điều kiện và điều khoản quy định trong đơn yêu cầu đó, trong đó quy định bên thụ hưởng xuất trình văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh kèm với hồ sơ cho bên phát hành bảo lãnh. “Văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh được coi là hợp lệ khi bên bảo lãnh nhận được trong thời gian làm việc của bên bảo lãnh và trong thời hạn hiệu lực của cam kết bảo lãnh” (Thông tư 07, Điều 21).

Một cam kết bảo lãnh được phát hành không phù hợp với các yêu cầu phát hành quy định trong đơn yêu cầu phát hành thì sẽ không được người yêu cầu chấp nhận, mà phải sửa đổi sao cho phù hợp với các yêu cầu đó. Bên bảo lãnh có quyền nhận hoặc từ chối phát hành một cam kết bảo lãnh nếu như họ không có khả năng thực hiện hoặc không có cơ sở pháp lý để phát hành cam kết bảo lãnh.

Bên bảo lãnh chỉ căn cứ vào các điều kiện và điều khoản của cam kết bảo lãnh để quyết định xem văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh có hợp lệ để quyết định thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh hay không, nếu hợp lệ thì thanh toán, ngược lại có quyền từ chối thanh toán, ngoài ra, bên bảo lãnh không dựa vào giao dịch cơ sở hay hợp đồng cơ sở hay mối quan hệ cơ sở để quyết định.

Khái niệm bảo lãnh ngân hàng theo Thông tư 07 chỉ rõ “bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh”. Có điều không rõ trong khái niệm này là nghĩa vụ đã cam kết được quy định ở chúng từ nào: quy định ở hợp đồng cơ sở, ở hợp đồng bảo lãnh hay thư bảo lãnh?

Vậy nên, trong khái niệm này cần thể hiện rõ ràng “nghĩa vụ đã cam kết” được thể hiện trong chứng từ nào giữa bên được bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh, để tránh làm mất đi đặc tính “độc lập” vốn có của một cam kết bảo lãnh dân sự.

Trong trường hợp nếu thư bảo lãnh quy định rằng bên bảo lãnh sẽ thanh toán thay cho bên được bảo lãnh, nếu bên được bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ quy định trong hợp đồng cơ sở thì sao? Không ai tự mình thừa nhận vi phạm của chính mình, nhất là trong quan hệ thương mại, cho nên bên nhận bảo lãnh phải xuất trình văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh và hồ sơ kèm theo chứng minh bên được bảo lãnh vi phạm quy định trong hợp đồng cơ sở hay trong cam kết bảo lãnh. Văn bản và hồ sơ này có được bên bảo lãnh thừa nhận hay không, nhiều khi trên thực tế lại đòi hỏi hoặc là bản thân bên được bảo lãnh tự thừa nhận hoặc phải có một bên thứ ba xác nhận sự vi phạm hoặc khi có tranh chấp thì phải có phán quyết của trọng tài hoặc tòa án, như vậy thì tính chất độc lập của bảo lãnh đã không còn tồn tại.

Trong trường hợp thư bảo lãnh quy định cam kết thanh toán thay cho bên được bảo lãnh, nếu bên được bảo lãnh vi phạm các nghĩa vụ quy định trong thư bảo lãnh, thì khi bên bảo lãnh kiểm tra các văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh kèm theo hồ sơ do bên nhận bảo lãnh xuất trình so với những quy định trong thư bảo lãnh, nếu thấy chứng từ “hợp lệ” (Thông tư 07, Điều 21.1) thì phải thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh, ngoài ra, bên bảo lãnh không cần biết đến thực trạng thực hiện nghĩa vụ quy định trong hợp đồng cơ sở của bên nhận bảo lãnh như thế nào. Bên bảo lãnh có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh khi cam kết bảo lãnh hết hiệu lực hoặc “Văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh không đáp ứng đủ các điều kiện quy định trong thư bảo lãnh, hoặc bằng chứng chứng minh chứng từ xuất trình là giả mạo” (Thông tư 07, Điều 27.7).

Các điều vừa trình bày ở trên nói lên tính chất độc lập của cam kết bảo lãnh ngân hàng. Bên bảo lãnh chỉ căn cứ vào chứng từ, văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ mà bên nhận bảo lãnh xuất trình và kiểm tra các chứng từ, văn bản đó, nếu thấy hợp lệ thì thanh toán thay, ngược lại có quyền từ chối thanh toán thay. Tuy nhiên, kiểm tra như thế nào, như thế nào là chứng từ hợp lệ là những vấn đề cũng cần được quy định rõ ràng, nếu không sẽ phát sinh tranh chấp.

4.4 Về thời gian kiểm tra văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ

Điều 21.2(a) Thông tư 07 quy định: “Chậm nhất sau 5 ngày làm việc kể từ ngày bên bảo lãnh nhận được văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh hợp lệ, bên bảo lãnh có trách nhiệm thực hiện đúng, đầy đủ nghĩa vụ bảo lãnh đã cam kết đối với bên nhận bảo lãnh”.

Nếu coi thời gian kiểm tra văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là nhằm mục đích hoặc để xác định bên được bảo lãnh có vi phạm nghĩa vụ quy định trong hợp đồng cơ sở hay trong cam kết bảo lãnh, hoặc để xác định sự hợp lệ của văn bản

yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh xuất trình, hoặc để xác định văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh xuất trình xem có đáp ứng đúng, đầy đủ các điều kiện quy định trong cam kết bảo lãnh hay không, thì thời gian 5 ngày làm việc để làm việc đó là quá ngắn, không thể thực hiện được. Ngược lại, nếu coi đó là thời gian chấp nhận hay từ chối thanh toán, thì ngoài những quy định nói trên, Thông tư 07 cần quy định thêm trách nhiệm đối với việc từ chối thanh toán thay.

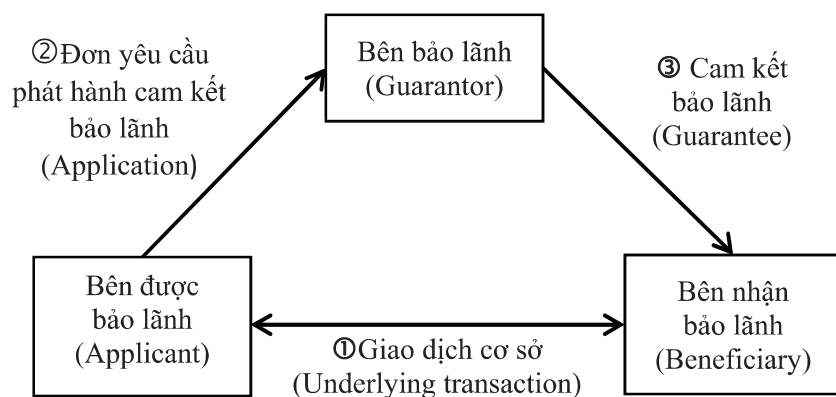
4.5 Về nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh

Điều 32.2(b) Thông tư 07 quy định nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh “thông báo kịp thời cho bên bảo lãnh, bên xác nhận bảo lãnh và các bên liên quan dấu hiệu vi phạm, hành vi vi phạm của bên được bảo lãnh” là thuộc về nghĩa vụ hay quyền của bên nhận bảo lãnh, cần làm rõ quy định này?

Mục đích thông báo dấu hiệu vi phạm của bên được bảo lãnh cho bên bảo lãnh để làm gì? Liệu thông báo này có cấu thành trách nhiệm của bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh một khi vi phạm chưa hình thành?

Bảo lãnh ngân hàng hình thành trên cơ sở giao dịch cộng sinh từ ba bên: giao dịch cơ sở giữa bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh^①, đơn yêu cầu phát hành cam kết bảo lãnh của bên được bảo lãnh với bên bảo lãnh^② và cam kết bảo lãnh được phát hành bởi bên bảo lãnh cho bên nhận bảo lãnh^③.

Theo yêu cầu của bên được bảo lãnh, bên bảo lãnh phát hành một cam kết bảo lãnh cho bên nhận bảo lãnh thụ hưởng. Là bên thụ hưởng, họ là bên có quyền, cho nên khi nhận được thông báo cam kết bảo lãnh, bên thụ hưởng có quyền thừa hưởng hoặc từ chối thừa hưởng, nếu chấp nhận thì coi như quan hệ hợp đồng hình thành giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh, ngược lại, quan hệ hợp đồng không hình thành.



Hình 1. Bảo lãnh thanh toán hợp đồng mua bán

Nguồn: Tổng hợp của nhóm tác giả

Theo khái niệm bảo lãnh ngân hàng tại Điều 3 Thông tư 07 “bảo lãnh ngân hàng là sự cam kết của bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện nghĩa

vụ, thì sự cam kết này sẽ làm phát sinh quyền thụ hưởng của bên nhận bảo lãnh khi bên được bảo lãnh vi phạm nghĩa vụ”. Vậy, việc thông báo kịp thời cho bên bảo lãnh, bên xác nhận bảo lãnh và các bên có liên quan dấu hiệu vi phạm, hành vi vi phạm của bên được bảo lãnh như quy định tại Điều 32.2 Thông tư 07 là thuộc về quyền hay thuộc về nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh?

Thiết nghĩ, việc thông báo này là thuộc về quyền của bên nhận bảo lãnh. Cho nên bên nhận bảo lãnh có thể lựa chọn hoặc miễn thực hiện nghĩa vụ cho bên bảo lãnh (Điều 20 Thông tư 07) hoặc không miễn (Điều 21 Thông tư 07), là hoàn toàn thuộc quyền của bên nhận bảo lãnh, không thể thuộc nghĩa vụ như quy định của Thông tư 07.

Điều quy định này chỉ rõ rằng tội vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh đã hình thành, cho nên bên bảo lãnh mới có nghĩa vụ thực hiện thay nghĩa vụ thanh toán cho bên được bảo lãnh. Dấu hiệu vi phạm, hành vi vi phạm của bên được bảo lãnh chưa thể cấu thành tội phạm, cho nên quy định như Điều 32.2 Thông tư 07 là chưa thích hợp.

4.6 Quan hệ giữa hợp đồng cơ sở và cam kết bảo lãnh chưa được đề cập trong Thông tư 07

Cam kết bảo lãnh ngân hàng hình thành dựa trên cơ sở cộng sinh của ba loại giao dịch gồm có giao dịch cơ sở, đơn yêu cầu phát hành bảo lãnh và cam kết bảo lãnh ngân hàng, tuy nhiên, ba loại giao dịch này lại hoàn toàn độc lập với nhau.

Ví dụ, một hợp đồng mua bán sản phẩm giữa công ty A và công ty B quy định điều khoản thanh toán chuyển tiền bằng điện trong vòng 5 ngày sau khi công ty B đã giao hàng. Để phòng ngừa rủi ro không thanh toán, công ty B yêu cầu công ty A phải có một ngân hàng thương mại Q phát hành một cam kết bảo lãnh cho công ty B thụ hưởng.

Hợp đồng mua bán sản phẩm này là loại giao dịch cơ sở ký kết giữa hai công ty nói trên. Dựa vào giao dịch cơ sở, công ty A thiết kế một đơn yêu cầu phát hành bảo lãnh gửi đến ngân hàng Q yêu cầu phát hành một cam kết bảo lãnh thanh toán (payment guarantee) cho công ty B thụ hưởng. Căn cứ vào đơn yêu cầu phát hành, nếu chấp nhận, ngân hàng Q thiết kế nội dung một cam kết bảo lãnh thanh toán và phát hành cho công ty B hưởng lợi. Như vậy, đơn yêu cầu phát hành bảo lãnh là cơ sở để ngân hàng Q dựa vào phát hành cam kết bảo lãnh thanh toán, mà không dựa vào hợp đồng cơ sở, vì ngân hàng không có bất cứ mối quan hệ dân sự nào phát sinh, hình thành và tồn tại từ hợp đồng cơ sở.

Cam kết bảo lãnh do ngân hàng thương mại phát hành cho bên thụ hưởng bảo lãnh, nếu được bên thụ hưởng chấp nhận thì coi như một giao dịch dân sự đã hình thành và do đó có thể coi cam kết bảo lãnh đó là một loại hợp đồng dân sự.

Một cam kết bảo lãnh ngân hàng đã hình thành sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của ngân hàng phát hành bảo lãnh và của bên thụ hưởng bảo lãnh, trong quan hệ này không tồn tại sự hiện hữu quyền và nghĩa vụ của bên được bảo lãnh.

Trong quá trình vận hành giao dịch cơ sở hoặc bảo lãnh ngân hàng thường phát sinh những yêu cầu phải sửa đổi, bổ sung hoặc là từ yêu cầu của bảo lãnh ngân hàng hoặc là từ yêu cầu của giao dịch cơ sở. Ví dụ như yêu cầu việc tăng giảm số tiền của hợp đồng, thời hạn hiệu lực hợp đồng hoặc yêu cầu từ việc gia hạn thời hạn hiệu lực cam kết bảo lãnh,... Xuất phát từ đặc tính độc lập của cam kết bảo lãnh, việc gia tăng số tiền hợp đồng cơ sở không ảnh hưởng gì đến số tiền của cam kết bảo lãnh, hoặc ngược lại, nếu như các bên có liên quan không có yêu cầu và nếu có thì phải được đồng thuận của các bên, đặc biệt là phải có sự đồng ý của bên bảo lãnh. Tuy nhiên, đáng tiếc là vấn đề này chưa được quan tâm trong Thông tư 07, Luật các tổ chức tín dụng 2010 và Bộ luật Dân sự 2015.

4.7 Vấn đề chuyển nhượng cam kết bảo lãnh

Về sử dụng thuật ngữ chuyển nhượng tại Điều 27.12 Thông tư 07

Chuyển nhượng là thuật ngữ pháp lý liên quan đến bên chuyển nhượng và bên được chuyển nhượng, liên quan đến chuyển giao quyền sở hữu tài sản, quyền lợi hình thành do hợp đồng mang lại (Quốc hội, 2015). Vấn đề chuyển nhượng quyền sở hữu tài sản là nội dung quan trọng mà bất cứ luật dân sự nào cũng phải đề cập đến.

Đặc biệt việc so sánh các luật lệ với nhau sẽ giúp nhận ra những khác biệt giữa chúng để vận dụng sao cho thích hợp. So sánh URDG 758 2010 ICC và Thông tư 07 cho thấy cách tiếp cận về vấn đề chuyển nhượng cam kết bảo lãnh không giống nhau.

Điều 33.b URDG 758 chỉ định rất rõ là: “Ngay cả khi cam kết bảo lãnh tuyên bố rõ ràng cam kết bảo lãnh là có thể chuyển nhượng, bên bảo lãnh sẽ không có nghĩa vụ phải thực hiện yêu cầu chuyển nhượng cam kết bảo lãnh đó sau khi phát hành, trừ khi bên bảo lãnh đồng ý một cách rõ ràng mức độ và cách thức chuyển nhượng”. Điều đó có nghĩa là, sau khi cam kết bảo lãnh đã được phát hành tức là quyền thụ hưởng số tiền ghi trong cam kết bảo lãnh đó đã rơi vào tay bên nhận bảo lãnh, vì vậy, muốn chuyển nhượng cam kết bảo lãnh đó thì phải do bên nhận bảo lãnh quyết định. Tuy nhiên, Điều 33.b này lại quy định bên bảo lãnh không có nghĩa vụ phải thực hiện chuyển nhượng một cam kết bảo lãnh sau khi đã phát hành, dù cho cam kết bảo lãnh được chỉ định rõ ràng là loại “có thể chuyển nhượng được”.

Quy định này có vẻ mâu thuẫn hoặc là hàm ý trước khi phát hành một cam kết bảo lãnh cho một bên yêu cầu nào đó, bên bảo lãnh tiếp nhận đơn yêu cầu phát hành có thể gọi thêm các bên bảo lãnh khác tham gia đồng bảo lãnh, do đó, anh ta có thể chuyển nhượng một phần cam kết bảo lãnh (chưa phát hành) cho những người đồng bảo lãnh đó.

Người yêu cầu chuyển nhượng là bên thụ hưởng cam kết bảo lãnh hiện hành (existing beneficiary), không phải là bên bảo lãnh: “Một cam kết bảo lãnh có thể chuyển nhượng là một cam kết bảo lãnh mà nó có thể do bên bảo lãnh thực hiện

chuyển nhượng cho một bên thụ hưởng mới theo yêu cầu của bên chuyển nhượng hiện hành (bên chuyển nhượng)” (URDG758, Điều 33c).

Điều 32.d Thông tư 07 quy định quyền của bên nhận bảo lãnh (bên thụ hưởng bảo lãnh): “Chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ của mình cho tổ chức, cá nhân khác theo thỏa thuận của các bên liên quan phù hợp với quy định của pháp luật” là có thể chấp nhận được.

Tuy nhiên, Điều 27.12 Thông tư 07 quy định quyền của bên bảo lãnh: “Chuyển nhượng quyền, nghĩa vụ của mình cho tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài theo thỏa thuận của các bên liên quan phù hợp với quy định của pháp luật” là không thích hợp. Cụ thể:

Một là, bên bảo lãnh chuyển nhượng nghĩa vụ tài chính thay cho bên được chuyển nhượng sau khi cam kết bảo lãnh đã hình thành, có nghĩa là nghĩa vụ tài chính này chuyển cho một người khác để trả cho bên thụ hưởng, do đó, về nghiệp vụ cũng như về pháp lý rất phức tạp, quy định đơn giản như Điều 27.12 là khó có thể thực thi.

Hai là, trong tâm lý phòng ngừa rủi ro, liệu có ai muốn thụ hưởng một cam kết bảo lãnh mà không biết bên bảo lãnh hiện hành sẽ chuyển giao nghĩa vụ cho bên bảo lãnh kế tiếp là ai?

Ba là, cam kết bảo lãnh là một cam kết không thể hủy bỏ. Chuyển giao một cam kết như thế phải có sự thỏa thuận của các bên có liên quan, đặc biệt là bên thụ hưởng bảo lãnh.

Chuyển nhượng là việc chuyển nhượng quyền thụ hưởng cam kết bảo lãnh cho bên được chuyển nhượng khác. Trong ngôn ngữ pháp lý, ít khi người ta dùng thuật ngữ “chuyển nhượng nghĩa vụ”, thay vào đó dùng thuật ngữ “chuyển giao nghĩa vụ”: “Bên có nghĩa vụ có thể chuyển giao nghĩa vụ cho người thế nghĩa vụ nếu được bên có quyền đồng ý, trừ trường hợp nghĩa vụ gắn liền với nhân thân của bên có nghĩa vụ hoặc pháp luật có quy định không được chuyển giao nghĩa vụ” (Bộ luật Dân sự, Điều 370).

Về bản chất, bên bảo lãnh là bên phát hành cam kết bảo lãnh cho nên anh ta là bên có nghĩa vụ thực hiện việc chuyển nhượng cam kết bảo lãnh đó theo yêu cầu của bên nhận bảo lãnh cho một bên được chuyển nhượng khác, nếu anh ta không có khả năng thực hiện việc chuyển nhượng thì anh ta có thể chuyển giao nghĩa vụ này. Còn ngược lại, bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện việc chuyển nhượng quyền thụ hưởng cam kết bảo lãnh đó cho một bên thụ hưởng kế tiếp.

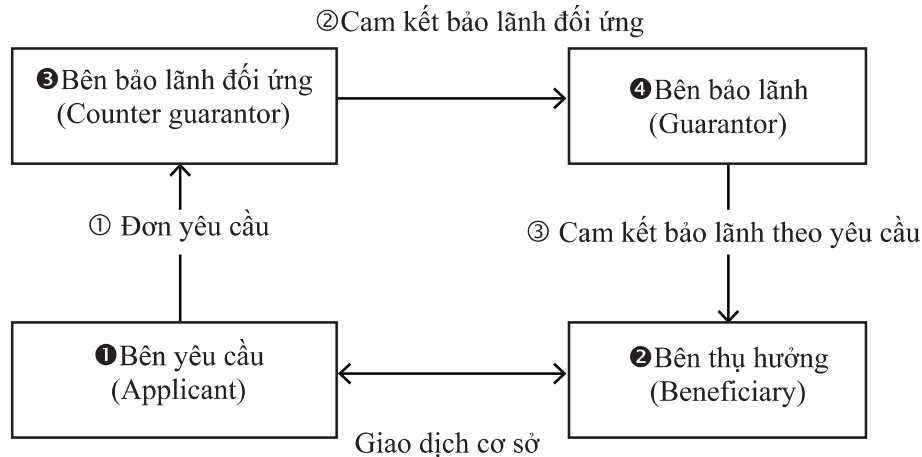
Bằng cách nào để có thể thực hiện được việc chuyển nhượng quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh cho một bên khác

Quyền và nghĩa vụ phải được thể hiện trên chứng từ thì quyền và nghĩa vụ đó mới có thể được thể hiện ra bên ngoài và qua đó con người mới có thể nhận biết

được, sở hữu được, như vậy mới có thể thực hiện được quyền chuyển nhượng của mình. Vì vậy, Điều 27.12 Thông tư 07 nên được sửa lại và bổ sung cho phù hợp.

Vấn đề chuyển nhượng một cam kết bảo lãnh đối ứng chưa được đề cập đến trong Thông tư 07, cho dù cam kết bảo lãnh này được điều chỉnh bởi Thông tư

Khảo sát quy trình phát hành và tồn tại một cam kết bảo lãnh đối ứng cho thấy việc chuyển nhượng một cam kết bảo lãnh đối ứng là không thể thực hiện được.



Hình 2. Bảo lãnh đối ứng

Nguồn: Tổng hợp của nhóm tác giả

5. Một số gợi ý đề xuất sửa đổi, bổ sung các bất cập của Thông tư 07

Trên cơ sở phân tích các bất cập của Thông tư 07, chúng tôi có một số đề xuất để tiếp tục hoàn thiện Dự thảo Thông tư thay thế Thông tư 07 về bảo lãnh ngân hàng trong thời gian tới:

5.1 Chính sửa lại khái niệm bảo lãnh ngân hàng – Điều 3 Thông tư 07 thống nhất với khái niệm của Bộ luật Dân sự 2015 và Luật các tổ chức tín dụng 2010

Thứ nhất, cần xác định thời điểm phát sinh nghĩa vụ của bên bảo lãnh: cần quy định thời điểm phát sinh nghĩa vụ thực hiện thay vào khái niệm bảo lãnh ngân hàng trong Luật các tổ chức tín dụng 2010 và Thông tư 07 như Điều 335, Bộ luật Dân sự 2015. Tuy nhiên, cũng cần lường trước một cam kết bảo lãnh không quy định thời hạn hiệu lực chẳng hạn, thì hoặc bảo lãnh đó vô hiệu hoặc bảo lãnh đó sẽ hết hạn trong một thời gian nhất định do luật định. *Thứ hai*, nên định nghĩa bảo lãnh là một phương thức tài trợ (financing mode) thì chuẩn hơn là hình thức tín dụng (credit form), vì phương thức là cách thức, phương pháp để tiến hành tài trợ, còn hình thức chỉ là sự thể hiện mặt ngoài của sự vật. *Thứ ba*, theo chúng tôi, nên lựa chọn định dạng cam kết bảo lãnh ngân hàng là không có thể hủy bỏ (irrevocable undertaking) trong khái niệm là thích hợp hơn cả. *Thứ tư*, Điều 3.12(b) nên viết lại sao cho phù hợp với khái niệm bảo lãnh ngân hàng quy

định tại Điều 3.1. Ví dụ, cam kết bảo lãnh là văn bản do bên bảo lãnh hoặc bên bảo lãnh đối ứng hoặc bên xác nhận bảo lãnh phát hành theo hình thức thư bảo lãnh.

5.2 Sửa đổi các quy định về ngôn ngữ ở Điều 7

Thứ nhất, về quy định sử dụng ngôn ngữ trong cam kết bảo lãnh ngân hàng: cam kết bảo lãnh có yếu tố nước ngoài được xác lập bằng hai ngôn ngữ gọi là cam kết bảo lãnh song ngữ (bilingual guarantee) và thường bằng tiếng Anh, còn lại là ngôn ngữ của nước bên bảo lãnh (guarantor). Ví dụ, cam kết bảo lãnh do các tổ chức tín dụng hoặc các chi nhánh nước ngoài ở Việt Nam phát hành thì ngôn ngữ là tiếng Việt. Ngoài việc quy định hai ngôn ngữ này có giá trị pháp lý ngang nhau, cũng nên quy định chọn một ngôn ngữ nào làm chuẩn để xác định trong trường hợp có sự hiểu khác nhau giữa hai ngôn ngữ. Ví dụ, cam kết bảo lãnh do các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài ở Việt Nam phát hành thì phải tuân thủ pháp luật, văn hóa, thể chế của Việt Nam, cho nên ngôn ngữ chuẩn trong cam kết bảo lãnh song ngữ nên lựa chọn tiếng Việt là hợp lý, tuy nhiên, các bên chủ thể của cam kết bảo lãnh có thể có thỏa thuận khác, miễn là không trái với luật áp dụng.

Thứ hai, về ngôn ngữ của văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ, thì nên đề cập đến những quy định sau đây: (i) Nếu cam kết bảo lãnh phải quy định ngôn ngữ của các văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ, thì cam kết bảo lãnh yêu cầu các dữ liệu thuộc cam kết phải được lập bằng một ngôn ngữ quy định; (ii) Nếu cam kết bảo lãnh không quy định ngôn ngữ của các văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ, thì các văn bản có thể được lập bằng bất cứ ngôn ngữ nào, xong dữ liệu trong văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ là ngôn ngữ có thể chấp nhận được, nghĩa là có thể dịch ra ngôn ngữ chuẩn tiếng Việt (trường hợp bảo lãnh có yếu tố nước ngoài); (iii) Nên cho phép tên người, tên tổ chức, ngôn ngữ của con dấu, ngôn ngữ các chứng thực hoặc mọi dữ liệu in trên mặt trước, mặt sau văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ xuất trình có thể là ngôn ngữ khác với ngôn ngữ của cam kết bảo lãnh.

5.3 Cần thể hiện rõ tính độc lập của cam kết bảo lãnh ngân hàng

Thứ nhất, bổ sung thư bảo lãnh là cơ sở thể hiện sự vi phạm nghĩa vụ của bên được bảo lãnh trong khái niệm ở Điều 3: “Bên bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh được quy định trong thư bảo lãnh”.

Thứ hai, cần chỉ rõ mối quan hệ độc lập giữa hợp đồng cơ sở và cam kết bảo lãnh. Về vấn đề này có thể tham khảo Điều 5, URDG 758: “Bảo lãnh về bản chất là độc lập với mối quan hệ cơ sở và đơn yêu cầu phát hành bảo lãnh và người bảo lãnh không có bất cứ sự quan hệ hoặc ràng buộc nào vào các mối quan hệ như thế.”

5.4 Điều chỉnh thời gian kiểm tra văn bản yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cho phù hợp thực tế - Điều 21.2(a)

Thứ nhất, về quy định thời gian 5 ngày làm việc để bên bảo lãnh quyết định chấp nhận hay từ chối thanh toán thay cho bên được bảo lãnh là quá ngắn. Vì vậy, có thể sửa đổi thành trong vòng 30 ngày, tham khảo quy định của bản “Quy tắc tổ tụng trọng tài của Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam - VIAC”, thời gian công bố phán quyết trọng tài là 30 ngày kể từ ngày kết thúc phiên xét xử trọng tài.

Thứ hai, đồng thời cần quy định thêm trách nhiệm đối với việc từ chối thanh toán thay như: (i) Bên bảo lãnh phải thông báo bằng văn bản cho bên nhận bảo lãnh trong thời hạn quy định, quá thời hạn đó coi như mất quyền từ chối thanh toán thay hoặc (ii) Quá thời hạn quy định mà bên bảo lãnh im lặng thì coi như là đã chấp nhận thanh toán thay cho bên được bảo lãnh.

5.5 Bổ sung nghĩa vụ của bên nhận bảo lãnh

Nên sửa Điều 32.2(b) thành quy định về “quyền” chứ không phải “nghĩa vụ” của bên nhận bảo lãnh và bỏ cụm từ “dấu hiệu vi phạm” trong quy định bên nhận bảo lãnh “thông báo kịp thời cho bên bảo lãnh, bên xác nhận bảo lãnh và các bên liên quan dấu hiệu vi phạm, hành vi vi phạm của bên được bảo lãnh”.

5.6 Sửa đổi, bổ sung các quy định về chuyển nhượng cam kết bảo lãnh

Thứ nhất, tại Điều 27.12 Thông tư 07 nên sử dụng thuật ngữ “chuyển giao” thay cho thuật ngữ “chuyển nhượng” và quy định quyền của bên bảo lãnh nên bổ sung thêm là: “Chuyển giao quyền, nghĩa vụ của mình quy định trong cam kết bảo lãnh cho tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài (hoặc cho tổ chức, cá nhân khác) theo thỏa thuận của các bên liên quan phù hợp với quy định của pháp luật”.

Thứ hai, cam kết bảo lãnh đối ứng cũng được điều chỉnh bởi Thông tư 07, vậy nên, vấn đề chuyển nhượng cam kết bảo lãnh đối ứng cũng cần được bổ sung quy định trong Thông tư 07 thì mới hợp lý. Ví dụ, có thể tham khảo Điều khoản 33a URDG758 ICC 2010: “Cam kết bảo lãnh chỉ có thể được chuyển nhượng, nếu nó quy định rõ ràng là có thể chuyển nhượng, trong trường hợp chuyển nhượng, nó có thể chuyển nhượng nhiều lần toàn bộ số tiền trong thời gian chuyển nhượng. Cam kết bảo lãnh đối ứng là không thể chuyển nhượng”.

6. Kết luận

Bảo lãnh ngân hàng là một phương thức tài trợ và phòng ngừa rủi ro cho các bên tham gia giao dịch hợp đồng cơ sở. Bảo lãnh đã và đang được sử dụng rất phổ biến trên thế giới. Thông tư 07 cùng với các văn bản pháp luật liên quan như Bộ luật Dân sự 2015, Luật các tổ chức tín dụng 2010 đã tạo thành một hành lang pháp lý điều chỉnh hoạt động bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam, từng bước đưa hoạt động bảo lãnh ngân hàng tuân thủ theo đúng quy định của pháp luật. Tuy nhiên, Thông tư 07 còn

nhiều bất cập, nhiều vấn đề cần sửa đổi, bổ sung hoặc cần quy định rõ ràng hơn để nâng cao hiệu quả sử dụng, dễ thực hiện và hoàn thiện pháp luật về hoạt động bảo lãnh ngân hàng ở Việt Nam theo hướng tiến gần đến các chuẩn mực của quy tắc quốc tế. Bài viết này có thể được tiếp tục nghiên cứu phát triển trong tương lai theo hướng thực tế áp dụng luật quốc gia và URGD 758 ICC 2010 để giải quyết tranh chấp về bảo lãnh ở một số quốc gia và Việt Nam.

Tài liệu tham khảo

- Đình, X.T. & Đặng, T.N. (2018), *Giáo trình Thanh toán quốc tế*, Tái bản lần thứ 10, NXB Đại học Bách khoa Hà Nội.
- ICC (2010), *Uniform Rules for Demand Guarantees*, No 758, 2010 Revision.
- Ngân hàng Nhà nước (2015a), *Bảng giải đáp Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 04/12/2015*.
- Ngân hàng Nhà nước (2015b), *Thông tư số 07/2015/TT-NHNN ngày 25 tháng 06 năm 2015 về Quy định về bảo lãnh ngân hàng*.
- Ngân hàng Nhà nước (2017), *Thông tư số 13/2017/TT-NHNN ngày 29 tháng 09 năm 2017 về Sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư 07/2015/TT-NHNN Quy định về bảo lãnh ngân hàng*.
- Ngân hàng Nhà nước (2021), *Dự thảo Thông tư thay thế Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 25 tháng 06 năm 2015 và Thông tư 13/2017/TT-NHNN ngày 29 tháng 09 năm 2017*.
- Nguyễn, H.Đ. (2015), “Những điểm mới đáng lưu ý của thông tư 07 quy định về bảo lãnh ngân hàng”, *Cổng thông tin điện tử Ngân hàng TMCP Ngoại Thương Việt Nam*, <https://portal.vietcombank.com.vn/News/Research/Pages/Nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=5743>, ngày truy cập 27/02/2022.
- Ninh, G. (2015), “Thông tư 07/2015/TT-NHNN và 9 điểm “cời trói” bảo lãnh, Cổng thông tin điện tử An ninh tiền tệ - Việt Nam”, <http://antt.vn/thong-tu-072015tt-nhnn-va-9-diem-coi-troi-bao-lanh-10130.htm>, truy cập ngày 17/01/2022.
- Nordea Trade Finance (2010), *Bank Guarantees in International Trade*.
- Quốc hội (2010), *Luật các tổ chức tín dụng số 47/2010/QH12*.
- Quốc hội 2015, *Bộ luật Dân sự Việt Nam số 91/2015/QH13*.
- Quốc hội 2016, *Luật ban hành văn bản pháp luật Việt Nam số 80/2015/QH13*.
- Roland, F.B. (2004), *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer Law International.