**MỘT SỐ TRAO ĐỔI VỀ QUY ĐỊNH BẢO LÃNH NGÂN HÀNG**

*ThS. Nguyễn Thị Quỳnh Giao – Đại học Duy Tân*

**Tóm tắt**

Trong nền kinh tế thị trường hiện nay, với sự phát triển của sản xuất và kinh doanh thì vấn đề lưu thông, luân chuyển hàng hoá giữa các quốc gia ngày càng được mở rộng. Trong các giao dịch xuất nhập khẩu thì hoạt động thanh toán, chuyển đổi tiền tệ giữa nhà cung cấp và người mua vẫn còn nhiều trở ngại khó khăn, do đó nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng được mở rộng và phát triển là một điều tất yếu. Gần đây, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam (NHNN) ban hành Thông tư số 11/2022/TT-NHNN quy định về bảo lãnh ngân hàng thay thế Thông tư số 07/2015/TT-NHNN ngày 03/10/2012 và Thông tư số 13/2017/TT-NHNN ngày 29/9/2017 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 07/2015/TT-NHNN. Bài viết làm rõ những vấn đề về bảo lãnh ngân hàng và các quy định về hoạt động bảo lãnh ngân hàng.

 *Từ khoá: Bảo lãnh ngân hàng, …*

**Bảo lãnh ngân hàng**

Theo *Điều 335 Bộ luật dân sự Việt Nam năm 2015*: Bảo lãnh được định nghĩa là việc người thứ ba (gọi là bên bảo lãnh) cam kết với bên có quyền (gọi là bên nhận bảo lãnh) sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (gọi là bên được bảo lãnh), nếu khi đến hạn mà người được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. Với định nghĩa này, bảo lãnh được hiểu là biện pháp bảo đảm đối nhân, theo đó người bảo lãnh cam kết thực hiện nghĩa vụ thay cho người được bảo lãnh nếu người này không thực hiện được nghĩa vụ khi đến hạn. Trong đời sống dân sự cũng như thương mại, những cam kết bảo lãnh như vậy có thể được xác lập và thực hiện một cách không chuyên nghiệp bởi các tổ chức, cá nhân hoặc có tính chất chuyên nghiệp bởi các tổ chức kinh tế đặc biệt như tổ chức tín dụng. Những hành vi bảo lãnh có tính chất chuyên nghiệp do các tổ chức tín dụng thực hiện theo yêu cầu của khách hàng được gọi là bảo lãnh ngân hàng. Ở Việt Nam, Luật các tổ chức tín dụng cũng thừa nhận nghiệp vụ bảo lãnh ngân hàng là một trong các hình thức cấp tín dụng của tổ chức tín dụng. Dưới góc độ pháp lí, pháp luật ngân hàng định nghĩa: “Bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh là tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài 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 theo thỏa thuận đã ký”.

Trong thực tế, bảo lãnh ngân hàng được biết đến như là loại hình hoạt động khá phức tạp. Hoạt động này phát sinh hai mối quan hệ pháp luật về hợp đồng dịch vụ bảo lãnh được xác lập giữa tổ chức tín dụng bảo lãnh với khách hàng là tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ tài sản cần được bảo đảm bằng bảo lãnh, cam kết bảo lãnh phát sinh giữa tổ chức tín dụng bảo lãnh với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh). Hai quan hệ pháp luật này tuy tồn tại độc lập với nhau nhưng có ảnh hưởng chi phối lẫn nhau, theo đó hợp đồng dịch vụ bảo lãnh là căn cứ để hình thành cam kết bảo lãnh của tổ chức tín dụng bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh, còn cam kết bảo lãnh là bằng chứng về việc thực hiện họp đồng dịch vụ bảo lãnh giữa tổ chức tín dụng bảo lãnh với khách hàng được bảo lãnh.

**Hình thức bảo lãnh ngân hàng**

Có 3 hình thức bảo lãnh ngân hàng bao gồm: Bảo lãnh đối ứng, xác nhận bảo lãnh và đồng bảo lãnh*.*

*Bảo lãnh đối ứng* là một hình thức bảo lãnh ngân hàng mà theo đó bên bảo lãnh đối ứng cam kết với bên bảo lãnh về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính đối với bên bảo lãnh trong trường hợp bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh là khách hàng của bên bảo lãnh đối ứng, bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh đối ứng.

*Xác nhận bảo lãnh* là một hình thức bảo lãnh ngân hàng mà theo đó bên xác nhận bảo lãnh cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc bảo đảm khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Bên xác nhận bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên bảo lãnh nếu bên bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ, bên bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên xác nhận bảo lãnh, đồng thời bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh.

*Đồng bảo lãnh* là hình thức cấp tín dụng hợp vốn, theo đó có từ 02 (hai) tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài trở lên cùng thực hiện bảo lãnh, hoặc tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và tổ chức tín dụng ở nước ngoài cùng thực hiện bảo lãnh.

**Đặc điểm bảo lãnh ngân hàng**

  Với ý nghĩa là loại hình bảo lãnh đặc thù, bảo lãnh ngân hàng vừa có những đặc điểm của bảo lãnh nói chung đồng thời cũng chứa đựng những đặc điểm riêng để phân biệt với những hình thức bảo lãnh khác, cụ thể:

*Thứ nhất*, về bản chất pháp lí, bảo lãnh ngân hàng là loại giao dịch thường mại (hay hành vi thương mại) đặc thù. Tính chất thương mại trong hoạt động bảo lãnh ngân hàng của tổ chức tín dụng thể hiện ở chỗ hoạt động bảo lãnh này vừa do chính các tổ chức tín dụng (với tư cách là một loại thương nhân) thực hiện trên thị trường nhằm mục tiêu thu lợi nhuận, vừa có tính chất chuyên nghiệp như một nghề nghiệp kinh doanh. Cũng do tính chất thương mại của hoạt động bảo lãnh ngân hàng mà hoạt động này bắt buộc phải làm thủ tục đăng kí kinh doanh tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật.

*Thứ hai*, trong bảo lãnh ngân hàng, tổ chức tín dụng không chỉ có tư cách là người bảo lãnh mà còn có thêm tư cách của nhà kinh doanh ngân hàng. Vì thế, việc quy định quyền và nghĩa vụ của tổ chức tín dụng bảo lãnh trong quan hệ bảo lãnh ngân hàng cũng không giống hoàn toàn với quyền và nghĩa vụ của người bảo lãnh trong quan hệ bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ dân sự.

*Thứ ba*, giao dịch bảo lãnh ngân hàng có mục đích và hệ quả là tạo lập hai hợp đồng, gồm họp đồng dịch vụ bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh/cam kết bảo lãnh. Hai hợp đồng này tuy có mối quan hệ nhân quả với nhau, ảnh hưởng lẫn nhau nhưng vẫn hoàn toàn độc lập với nhau về cả phương diện chủ thể cũng như phương diện quyền, nghĩa vụ pháp lí của các chủ thể.

*Thứ tư*, Tính độc lập giữa hai loại hợp đồng này thể hiện ở chỗ hợp đồng này vô hiệu không thể đương nhiên làm cho hợp đồng kia vô hiệu và ngược lại. Mặt khác, việc thực hiện quyền, nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng này không thể bị phụ thuộc hay chi phối bởi việc thực thi quyền, nghĩa Vụ của các bên trong hợp đồng kia và ngược lại.

*Thứ năm*, giao dịch bảo lãnh ngân hàng không phải là giao dịch hai bên hay ba bên mà là giao dịch “kép”. Sở đĩ có thể quan niệm bảo lãnh ngân hàng là giao dịch “kép” bởi vì, để đạt được mục đích và động cơ chủ yếu của mình là phát hành cam kết bảo lãnh theo yêu cầu của khách hàng và gửi cho bên có quyền - bên nhận bảo lãnh để nhận tiền thù lao dịch vụ (phí bảo lãnh) thì tổ chức tín dụng không thể không tiến hành kí kết cả hai loại hợp đồng theo thứ tự: hợp đồng dịch vụ bảo lãnh được giao kết trước và hợp đồng bảo lãnh/cam kết bảo lãnh được giao kết sau. Thứ tự này phản ánh mối quan hệ giữa hai hợp đồng, trong đó hợp đồng dịch vụ bảo lãnh đóng vai trò là cơ sở pháp lí để tổ chức tín dụng kí kết hợp đồng bảo lãnh; còn hợp đồng bảo lãnh/cam kết bảo lãnh được kí kết nhằm thực hiện nghĩa vụ của tổ chức tín dụng đã phát sinh trong hợp đồng dịch vụ bảo lãnh (ở đây được hiểu là nghĩa vụ phát hành cam kết bảo lãnh). Việc tổ chức tín dụng giao kết hai hợp đồng này tuy đều nhằm hướng tới mục đích chung và có động cơ thống nhất nhưng mặt khác, điều này cũng phản ánh sự độc lập của hai hành vi pháp lí khác nhau, dù rằng cả hai hành vi đó đều do một chủ thể là tổ chức tín dụng thực hiện trên nguyên tắc tự nguyện và bình đẳng.

*Thứ sáu*, theo thông lệ quốc tế, bảo lãnh ngân hàng là giao dịch không thể đơn phương huỷ ngang bởi những người đại diện có thẩm quyền của tổ chức tín dụng bảo lãnh. Tuy nhiên, đặc điểm này chưa được phản ánh trong pháp luật Việt Nam về bảo lãnh nói chung và bảo lãnh ngân hàng nói riêng, khiến cho chế định về bảo lãnh ngân hàng trong pháp luật Việt Nam thiếu sự tương đồng với chế định về bảo lãnh ngân hàng trong pháp luật các nước cũng như pháp luật quốc tế, tập quán và thông lệ quốc tế về bảo lãnh ngân hàng.

*Thứ bảy*, bảo lãnh ngân hàng là giao dịch được xác lập và thực hiện dựa trên chứng từ. Tính chất chứng từ của bảo lãnh ngân hàng thể hiện ở chỗ khi tổ chức tín dụng phát hành cam kết bảo lãnh cũng như khi người nhận bảo lãnh thực hiện quyền yêu cầu hay khi tổ chức tín dụng bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ của người bảo lãnh, cảc chủ thể này đều bắt buộc phải thiết lập bằng văn bản.

*Thứ tám*, bảo lãnh ngân hàng là loại hình bảo lãnh vô điều kiện (hay còn gọi là bảo lãnh độc lập). Tính chất vô điều kiện của bảo lãnh ngân hàng thể hiện ở chỗ tổ chức tín dụng bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ đối với người nhận bảo lãnh ngay sau khi người này đã xuất trình các chứng từ phù hợp với nội dung của thư bảo lãnh hay cam kết bảo lãnh do tổ chức tín dụng phát hành mà không phụ thuộc vào việc người được bảo lãnh có khả năng tự thực hiện nghĩa vụ của họ hay không. Sự ghi nhận tính chất vô điều kiện trong giao dịch bảo lãnh ngân hàng là đảm bảo tương đối chắc chắn cho lợi ích của người nhận bảo lãnh, đồng thời cũng là lợi thế của bảo lãnh ngân hàng so với các hình thức bảo lãnh khác không phải do tổ chức tín dụng thực hiện. Nhờ lợi thế này, các tổ chức tín dụng tỏ ra là người có khả năng cung cấp dịch vụ bảo đảm tốt nhất ưên thị trường và dường như sự bảo đảm bằng bảo lãnh của các tổ chức tín dụng bao giờ cũng được người nhận bảo lãnh ưa chuộng hơn sự bảo đảm bằng bảo lãnh của các chủ thể khác, do tính chất độc lập, vô điều kiện và không thể huỷ ngang của bảo lãnh ngân hàng.

**Một số quy định của thông tư số 11/2022/TT-NHNN về bảo lãnh ngân hàng**

Theo thông tư số 11/2022/TT-NHNN quy định, bảo lãnh ngân hàng là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh là tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài 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 theo thỏa thuận đã ký. Việc phát hành bảo lãnh bằng ngoại tệ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải phù hợp với phạm vi hoạt động ngoại hối trên thị trường trong nước và thị trường quốc tế được quy định tại giấy phép hoạt động của từng loại hình tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài. Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài chỉ thực hiện bảo lãnh bằng ngoại tệ cho khách hàng đối với nghĩa vụ tài chính hợp pháp bằng ngoại tệ theo quy định của pháp luật. Khi thực hiện bảo lãnh, tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải tuân thủ các quy định tại Luật các tổ chức tín dụng và hướng dẫn của NHNN về những trường hợp không được cấp tín dụng, hạn chế cấp tín dụng, giới hạn cấp tín dụng. Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và khách hàng được lựa chọn thực hiện hoạt động bảo lãnh ngân hàng qua việc sử dụng các phương tiện điện tử (hoạt động bảo lãnh điện tử). Việc thực hiện hoạt động bảo lãnh điện tử phải đảm bảo an ninh, an toàn, bảo vệ thông điệp dữ liệu và bảo mật thông tin phù hợp với quy định của pháp luật về phòng chống rửa tiền, giao dịch điện tử, hướng dẫn của NHNN về quản lý rủi ro trong hoạt động ngân hàng điện tử và các văn bản pháp luật khác có liên quan. Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài tự quyết định biện pháp, hình thức, công nghệ thực hiện hoạt động bảo lãnh điện tử đối với toàn bộ hoặc từng khâu trong quy trình bảo lãnh, tự chịu rủi ro phát sinh (nếu có) và phải đáp ứng các yêu cầu.

Thông tư số 11/2022/TT-NHNN cũng quy định ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai khi: Trong giấy phép thành lập và hoạt động hoặc tại văn bản sửa đổi, bổ sung giấy phép thành lập và hoạt động của ngân hàng thương mại có quy định nội dung hoạt động bảo lãnh ngân hàng; không bị cấm, hạn chế, đình chỉ, tạm đình chỉ thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai. NHNN công bố công khai danh sách ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai trong từng thời kỳ trên cổng thông tin điện tử của NHNN. Ngân hàng thương mại xem xét, quyết định cấp bảo lãnh cho chủ đầu tư khi chủ đầu tư đáp ứng đủ các yêu cầu quy định (trừ trường hợp ngân hàng thương mại bảo lãnh cho chủ đầu tư trên cơ sở bảo lãnh đối ứng); dự án của chủ đầu tư đáp ứng đủ các điều kiện của bất động sản hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh theo quy định tại Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản và quy định của pháp luật có liên quan.

Số tiền bảo lãnh cho một dự án nhà ở hình thành trong tương lai tối đa bằng tổng số tiền chủ đầu tư được phép nhận ứng trước của bên mua theo quy định tại Điều 57 Luật Kinh doanh bất động sản và các khoản tiền khác (nếu có) theo hợp đồng mua, thuê mua nhà ở.

Tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài thỏa thuận mức phí bảo lãnh đối với khách hàng và các bên liên quan (nếu có). Thông tư này có hiệu lực thi hành từ ngày 01/4/2023.

**Tài liệu tham khảo**

1. Thông tư số 11/2022/TT-NHNN

2. [https://thuvienphapluat.vn](https://thuvienphapluat.vn/chinh-sach-phap-luat-moi/vn/thoi-su-phap-luat/tu-van-phap-luat/42341/bao-lanh-ngan-hang-la-gi-04-quy-dinh-ve-bao-lanh-ngan-hang)

3. <https://chinhphu.vn>

4. https://mof.gov.vn