

PHÁP LUẬT VỀ THẾ CHẤP ĐỘNG SẢN HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI Ở VIỆT NAM

Nguyễn Thị Hoài

Học viên cao học - Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

Email: hoainguyenk54@gmail.com

Ngày nhận: 24/9/2018

Ngày nhận bản sửa: 20/10/2018

Ngày duyệt đăng: 05/11/2018

Tóm tắt:

Nghiên cứu đưa ra khái niệm động sản hình thành trong tương lai và thế chấp động sản hình thành trong tương lai. Dựa trên cấu trúc bốn phần: xác lập quyền thế chấp trên động sản hình thành trong tương lai, xác lập hiệu lực đối kháng của quyền thế chấp với bên thứ ba, thứ tự ưu tiên và xử lý động sản thế chấp khi động sản hình thành; nghiên cứu phân tích các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam về thế chấp động sản hình thành trong tương lai và thực tiễn thi hành. Qua đó, nghiên cứu đề xuất các giải pháp phù hợp.

Từ khóa: Động sản, động sản hình thành trong tương lai, tài sản thế chấp, thế chấp động sản hình thành trong tương lai.

Mã JEL: K19

Legislation on Mortgage Right in Future Movable Assets in Vietnam

Abstract:

The study builds the concept of future movable asset and mortgage right in the future movable assets. Based on a four-part structure including creation of a mortgage right, effectiveness of a mortgage right against third parties, priority of a mortgage right and remedies; the study analyzes the current legislation on mortgage right in future movable assets and practice. Via that, the study proposes suitable solutions.

Keywords: Movable asset, future movable asset, collateral, mortgage right in future movable assets.

JEL Code: K19

1. Giới thiệu

Thế chấp động sản hình thành trong tương lai được khuyến khích áp dụng ở hầu hết các nước có nền kinh tế phát triển trên thế giới, đặc biệt ở các nước common law. Theo nhận định của Cyprian & Marek (2015), nó đang có xu hướng phát triển ở các nước châu Phi, ví dụ như: Ghana, Kenya, Liberia, Nam Sudan và Zambia. Tuy nhiên, các văn bản pháp luật ở Việt Nam hiện nay chủ yếu đề cập đến thế chấp bất động sản hình thành trong tương lai mà cụ thể là nhà ở. Phần lớn các doanh nghiệp ở Việt Nam là doanh nghiệp nhỏ và vừa. Tài sản chủ yếu của

họ thường là hàng hóa luân chuyển, các khoản phải thu, v.v... Những động sản này luôn luôn biến động và có đặc tính quay vòng. Vì lẽ đó, động sản hiện có không đủ để trở thành đòn bẩy giúp các doanh nghiệp tiếp cận vốn. Khi hệ thống pháp luật về thế chấp động sản hình thành trong tương lai hoàn thiện, các chủ thể sẽ có thể khai thác tối đa giá trị tài sản của mình để tiếp cận vốn. Doanh nghiệp có thể mua sắm trang thiết bị, nguyên liệu, hàng hóa kịp thời phục vụ sản xuất kinh doanh hay người tiêu dùng có thể mua được hàng hóa giá trị lớn để sử dụng ngay. Điều này có ý nghĩa vô cùng to lớn đối với nền kinh

tế. Do đó, để thúc đẩy hoạt động cấp tín dụng có bảo đảm, cần có một khung pháp lý để khuyến khích, tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể sử dụng động sản, trong đó có động sản hình thành trong tương lai làm tài sản bảo đảm.

Bài viết tập trung phân tích, đánh giá các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp động sản hình thành trong tương lai (chủ yếu là quy định của Bộ Luật Dân sự 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành). Trên cơ sở phân tích này, bài viết đưa ra các giải pháp, đề xuất nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về thế chấp động sản hình thành trong tương lai

2. Thế chấp động sản hình thành trong tương lai

Động sản được nhìn nhận dưới nhiều góc độ khác nhau, bao gồm giấy nhận nợ có bảo đảm (chattel paper), giấy tờ xác nhận quyền sở hữu hàng hóa (documents of title), hàng hóa (goods), tài sản vô hình (intangibles), chứng khoán (investment securities), tiền (money) và các công cụ chuyển nhượng (negotiable instruments) (Nghị viện New Zealand, 1999, Mục 16 Phần 2). Hay, động sản gồm động sản hữu hình và động sản vô hình. Trong đó, động sản hữu hình bao gồm tất cả hàng hóa (goods), xe cơ giới (motor vehicle), cây trồng (crops), máy móc (machineries), gia súc (livestock). Động sản vô hình gồm các khoản phải thu (receivables), quyền tài sản được thực thi thông qua việc khởi kiện (choses in action), tài khoản tiền gửi tại ngân hàng (deposit accounts), chứng khoán điện tử (electronic securities) và quyền sở hữu trí tuệ (intellectual property rights) (Chính phủ Kenya, 2017, Mục 2 Phần 1). “Động sản là những tài sản không phải là bất động sản” (Quốc hội, 2015, Khoản 2 Điều 107). Và “bất động sản bao gồm: Đất đai; nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai; tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng; tài sản khác theo quy định của pháp luật” (Quốc hội, 2015, Khoản 1 Điều 107). Như vậy, động sản là vật có giá trị kinh tế và có khả năng tự di chuyển hoặc có thể dịch chuyển do tác động từ bên ngoài mà vẫn giữ nguyên được hình dạng, kích thước, tính chất, hoặc là “quyền” được dự định để mang lại một lợi ích vật chất cho chủ sở hữu, hoặc là “quyền” đã có để đổi lấy lợi ích vật chất thực tế hoặc dự kiến.

Theo Richard & Barry (2009), tài sản hình thành trong tương lai là tài sản mà bên thế chấp không sở

hữu tại thời điểm hiện tại hoặc có quyền đối với tài sản nhưng sẽ có được vào thời điểm nào đó. Ví dụ, trong một giao dịch bảo đảm, các bên có thể thỏa thuận dùng tất cả hàng tồn kho, quyền đòi nợ hoặc thiết bị hiện có và sẽ có sau này của bên thế chấp là tài sản bảo đảm. New Zealand và Úc có quy định giống nhau về tài sản hình thành trong tương lai, đó là: Tài sản hình thành trong tương lai là động sản mà bên thế chấp có được sau thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm (Nghị viện New Zealand, 1999, Mục 16 Phần 2) (Nghị viện Úc, 2009, Mục 2 Phần 1.3).

Ngoài ra, tài sản hình thành trong tương lai là tài sản không tồn tại hoặc bên thế chấp không có quyền đối với tài sản tại thời điểm giao dịch bảo đảm được giao kết (Chính phủ Kenya, 2017, Mục 2 Phần 1). Hoặc “Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: a) Tài sản chưa hình thành; b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch” (Quốc hội, 2015, Điều 108). Vì vậy, dấu hiệu quan trọng nhất để phân biệt tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai là thời điểm tài sản được hình thành hoặc thời điểm chủ thể xác lập quyền sở hữu đối với tài sản.

Động sản hình thành trong tương lai là một bộ phận nằm trong tổng thể tài sản hình thành trong tương lai. Từ đó, có thể đưa ra định nghĩa như sau: *động sản hình thành trong tương lai là động sản chưa được hình thành tại thời điểm xác lập giao dịch đối với động sản đó hoặc đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu đối với động sản sau thời điểm xác lập giao dịch đối với động sản.*

Động sản hình thành trong tương lai có những đặc điểm như sau: *Thứ nhất*, có khả năng tự di chuyển hoặc có thể dịch chuyển do tác động từ bên ngoài mà vẫn giữ nguyên được hình dạng, kích thước, tính chất và phải có giá trị kinh tế, hoặc là “quyền” được dự định để mang lại một lợi ích vật chất cho chủ sở hữu của chúng, hoặc là “quyền” đã có được để đổi lấy lợi ích vật chất thực tế hoặc dự kiến. *Thứ hai*, có khả năng phát triển nhanh, mạnh và đa dạng, chiếm vị trí quan trọng trong tổng số tài sản của các chủ thể. *Thứ ba*, không ngừng mở rộng, gia tăng cả về số lượng và chủng loại. *Thứ tư*, thường có tính thanh khoản cao. *Thứ năm*, thời điểm động sản được hình thành hoặc thời điểm chủ thể xác lập quyền sở hữu đối với động sản luôn sau thời điểm xác lập giao dịch về động sản. *Thứ sáu*, khó mô tả chi tiết hoặc định hình một cách cụ thể, có sự biến đổi nhanh

chóng từ loại này sang loại khác và mang tính quay vòng, luân chuyển theo chu kỳ kinh doanh. Có thể thấy, *động sản hình thành trong tương lai* biểu hiện ở những hình thái như: : hàng tiêu dùng, hàng hóa luân chuyển trong kinh doanh, quyền đòi nợ (các khoản phải thu), máy móc thiết bị, chứng khoán, quyền sở hữu trí tuệ, v.v... Và dựa trên nguồn gốc hình thành, *động sản hình thành trong tương lai* chia thành hai nhóm: tài sản do bên nhận thế chấp tài trợ mua (tài sản hình thành từ vốn vay) và tài sản không phải do bên nhận thế chấp tài trợ mua.

“Thế chấp tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận thế chấp)” (Quốc hội, 2015, Khoản 1 Điều 317). Theo tác giả, thế chấp là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được áp dụng đối với cả bất động sản và động sản, trong đó, không có sự chuyển giao quyền sở hữu hay quyền chiếm hữu tài sản từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp, và bên nhận thế chấp có một vật quyền bảo đảm được xác lập trên tài sản thế chấp.

Như vậy, thế chấp *động sản hình thành trong tương lai* là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự được áp dụng đối với động sản chưa hình thành tại thời điểm xác lập giao dịch hoặc đã hình thành nhưng bên thế chấp chưa xác lập được quyền sở hữu tài sản thế chấp, trong đó bên nhận thế chấp có một vật quyền bảo đảm được xác lập trên *động sản hình thành trong tương lai* đó và không có sự chuyển giao quyền sở hữu hay quyền chiếm hữu động sản từ bên thế chấp sang bên nhận thế chấp (sau khi động sản hình thành).

3. Thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành về thế chấp động sản hình thành trong tương lai

3.1. Xác lập quyền thế chấp trên động sản hình thành trong tương lai

3.1.1. Tài sản phát sinh từ động sản thế chấp ban đầu

Quốc hội (2015) mới chỉ quy định đối với hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh tại khoản 4 điều 321. Theo Xuan-Thao Nguyen & Bich Thao Nguyen (2014), *vì pháp luật không đặt ra những quy định rõ ràng về tài sản phát sinh (proceeds) và tài sản phát sinh được điều chỉnh như thế nào khi đặt trong mối liên hệ với việc xác lập quyền thế chấp, hiệu lực đối kháng với người thứ ba*

(perfection) và quyền ưu tiên (priority); do đó các ngân hàng luôn cảm thấy không an toàn khi tài sản thế chấp là hàng tồn kho/ hàng hóa luân chuyển và nỗ lực bảo vệ kho hàng thay vì kiểm soát số tiền thu được từ hàng tồn kho (các khoản phải thu). Ngân hàng thường hạn chế để bên thế chấp bán tài sản thế chấp là hàng tồn kho. Điều này không chỉ cản trở sự lưu thông thương mại mà còn ngăn cản bên thế chấp tạo ra các khoản tiền mặt và từ đó có thể trả hết các khoản nợ. Tuy nhiên, những nỗ lực của ngân hàng để bảo vệ tài sản thế chấp hiếm khi thành công, bởi vì con nợ chắc chắn cần phải bán hàng tồn kho của mình và nhập hàng mới. Sự thiếu vắng các quy định về «tài sản phát sinh» đã cản trở việc tối đa hóa giá trị của tài sản thế chấp và gây ra những sai phạm trong thực tiễn. Theo tòa án nhân dân thành phố Hà Nội (2018); khi giải quyết vụ án sơ thẩm, tòa án nhân dân quận H đã không thu thập tài liệu liên quan và đưa danh sách các khách hàng phát sinh công nợ phải thu trị giá 33 tỷ đồng vào quá trình tố tụng. Do đó, tài sản thế chấp đã bị nhận định sai về mặt giá trị.

3.1.2. Quyền sở hữu của bên thế chấp đối với tài sản thế chấp

Quốc hội (2015, Khoản 1 Điều 317) quy định tài sản thế chấp thuộc sở hữu của bên thế chấp. Theo đó, tài sản thế chấp có thể là tài sản hình thành trong tương lai. Quy định này đi ngược lại xu hướng chung của quốc tế và mâu thuẫn với việc công nhận tài sản hình thành trong tương lai là tài sản bảo đảm vì tài sản hình thành trong tương lai có thể là tài sản chưa hình thành hoặc tài sản đã hình thành nhưng chỉ thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm.

3.1.3. Thời điểm phát sinh hiệu lực của quyền thế chấp đối với động sản hình thành trong tương lai

Quốc hội (2015, Khoản 1 Điều 39) quy định: “Hợp đồng thế chấp tài sản có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác”. Do chưa có “quy định khác” về thế chấp *động sản hình thành trong tương lai*, nên hiệu lực của thế chấp *động sản hình thành trong tương lai* sẽ chiếu theo quy định “thời điểm giao kết”. Đặc tính của *động sản hình thành trong tương lai* là hình thành sau thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp hoặc bên thế chấp xác lập quyền sở hữu sau thời điểm giao kết hợp đồng thế chấp, nên nếu áp dụng thời điểm có hiệu lực của quyền thế chấp đối với *động sản hình thành trong tương lai* giống

nếu đối với tài sản hiện tại là không phù hợp. Do đó, quyền thế chấp không thể có hiệu lực tại thời điểm hợp đồng được xác lập.

Bên cạnh đó, “Việc đăng ký là điều kiện để giao dịch bảo đảm có hiệu lực chỉ trong trường hợp luật có quy định” (Quốc hội, 2015, Khoản 1 Điều 298). Nhà làm luật đã nhầm lẫn giữa hiệu lực của giao dịch bảo đảm đối với các bên và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba khi quy định vấn đề này. Điều này dẫn đến nhiều hạn chế trong quá trình thực thi pháp luật. Tòa án Nhân dân thành phố Quảng Ngãi tỉnh Quảng Ngãi (2018) đã nhận định rằng Ngân hàng có quyền xử lý tài sản vì “Tất cả các hợp đồng thế chấp và văn bản sửa đổi, bổ sung hợp đồng thế chấp nêu trên được ký kết giữa Ngân hàng T, chi nhánh Quảng Ngãi với Công ty P trên cơ sở hoàn toàn tự nguyện và đều được đăng ký giao dịch bảo đảm đúng quy định của pháp luật”. Như vậy, tòa án không phân biệt rạch ròi giữa hiệu lực của thế chấp đối với hai bên và hiệu lực đối kháng với bên thứ ba. Trong trường hợp không có bên thứ ba tranh chấp với bên nhận bảo đảm thì dù có đăng ký hay không đăng ký thế chấp, Ngân hàng vẫn có quyền xử lý tài sản thế chấp.

Bùi Thị Thanh Hằng (2015, 18) cho rằng việc đăng ký hợp đồng hay đăng ký vật quyền phát sinh từ hợp đồng chỉ có ý nghĩa đối kháng với người thứ ba. Ngoài ra, Nguyễn Bích Thảo (2015) nhận định: Theo Hướng dẫn của UNCITRAL, giao dịch bảo đảm trước tiên phải thỏa mãn một số điều kiện nhất định để giao dịch được xác lập và có hiệu lực đối với bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm. Ngoài ra, bên nhận bảo đảm cần thực hiện thêm một hoặc một số bước nữa để giao dịch bảo đảm có hiệu lực đối kháng với bên thứ ba như đăng ký giao dịch bảo đảm, kiểm soát chi phối tài sản bảo đảm.

3.1.4. Sửa đổi, bổ sung hợp đồng thế chấp khi động sản tương lai hình thành

Pháp luật hiện hành chưa quy định rõ về vấn đề này. Do đó, các bên có quyền lựa chọn về phương thức thực hiện. Bên nhận thế chấp luôn muốn giao kết lại hợp đồng và mô tả lại động sản để tạo thế “chắc chắn” cho mình. Bên thế chấp sẽ không mấy thiện chí trong việc xác lập lại hợp đồng. Một phần vì tốn thời gian, tiền bạc, hoặc có thể, khi chưa có quy định của pháp luật, việc khác nhau giữa mô tả chung và đặc tính hiện hữu có thể tạo thuận lợi hơn cho bên thế chấp. Điều này gây ra sự bất lợi cho một bên hoặc các bên trong quá trình thực hiện hợp

đồng.

3.2. Xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba

Để tạo hiệu lực đối kháng với bên thứ ba, phương thức phù hợp đối với thế chấp *động sản hình thành trong tương lai* là đăng ký biện pháp bảo đảm. Cơ chế đăng ký không tác động trực tiếp đến tài sản thế chấp (phù hợp với đặc tính chưa hình thành của tài sản thế chấp là *động sản hình thành trong tương lai*). Pháp luật Việt Nam có những quy định về đăng ký giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, những quy định về đăng ký *động sản hình thành trong tương lai* rất mờ nhạt. Thế chấp *động sản hình thành trong tương lai* được đăng ký tùy vào yêu cầu của các bên nhưng sự đồng ý của bên thế chấp về nội dung đăng ký là quy định bắt buộc (Bộ Tư pháp, 2018, Khoản 1 Điều 11). Bên thế chấp thường có xu hướng né tránh đăng ký hoặc không có thiện chí hợp tác về việc đăng ký tài sản thế chấp. Việc quy định này rất dễ dẫn đến sự trì hoãn đăng ký. Ngoài ra, việc nộp bản chính hoặc bản sao có công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp là giải pháp nếu bên thế chấp không hợp tác (Bộ Tư pháp, 2018, Điểm a Khoản 2 Điều 11). Quy định này khiến cho thủ tục hành chính thêm phức tạp, gây lãng phí cho bên đăng ký. Bên nhận thế chấp là bên mong muốn công khai hóa quyền của mình trên tài sản thế chấp hơn bất kỳ chủ thể nào. Hơn nữa, việc các bên đã thỏa thuận về xác lập quyền thế chấp trong hợp đồng thế chấp đồng nghĩa với việc bên thế chấp đã đồng ý cho bên nhận thế chấp đăng ký thế chấp.

Pháp luật Việt Nam quy định ngoại trừ hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh và phương tiện giao thông cơ giới, bất kỳ động sản thế chấp nào khi “hình thành”, người đăng ký phải thực hiện thủ tục đăng ký lại (Chính phủ, 2017, Khoản 4 Điều 18). “Hình thành” ở đây nên được hiểu là sự hình thành về mặt vật lý, sự hiện hữu có thực hoặc thời điểm tài sản thế chấp thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Quy định này khiến các bên phải thực hiện đăng ký rất nhiều lần và gây ra sự lãng phí về mặt thời gian, tiền bạc. Trong khi đó, thông lệ quốc tế đưa ra giải pháp “không cần đăng ký lại” nếu bản đăng ký ban đầu đã mô tả tài sản bảo đảm là tài sản hình thành trong tương lai.

3.3. Thứ tự ưu tiên

Cách hiểu và cách tiếp cận của Bộ Luật Dân sự 2015 về “thứ tự ưu tiên” còn hạn hẹp. Tiêu đề của Điều 308 Bộ Luật Dân sự (Quốc hội, 2015), “Thứ

tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận tài sản bảo đảm”, đã phản ánh điều này. Lê Thị Thu Thủy & Đỗ Minh Tuấn (2015) cho rằng: Luật mẫu về giao dịch bảo đảm của Ngân hàng tái thiết và phát triển châu Âu (EBRD) thừa nhận quy tắc thứ tự về thời gian, tức là thứ tự xác lập giao dịch bảo đảm về mặt thời gian được sử dụng để xác định thứ tự ưu tiên của các chủ nợ có bảo đảm trên cùng một tài sản bảo đảm. Ngoài ra, trong thông lệ quốc tế, thứ tự ưu tiên không chỉ là việc xác định chủ nợ nào được thanh toán trước khi xử lý tài sản bảo đảm, mà vấn đề quan trọng hơn là pháp luật ưu tiên bảo vệ chủ thể nào nếu có xung đột về quyền, lợi ích giữa bên nhận bảo đảm với các chủ thể khác trên cùng tài sản bảo đảm.

Bên cạnh đó, Quốc hội (2015) chưa ghi nhận quyền của bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm và thứ tự ưu tiên cao nhất của chủ thể này so với các bên nhận bảo đảm thông thường. Bên tài trợ vốn để mua tài sản bảo đảm chính là bên cho vay để mua tài sản hình thành từ vốn vay. Điều này dẫn đến những hạn chế đáng kể về khả năng cấp tài chính của người cho vay để tài trợ vốn. Bởi không một chủ thể nào hứng khởi đầu tư vào các khoản vay tài trợ vốn nếu mình bị xếp hạng ưu tiên thấp hơn một chủ thể cho vay có bảo đảm trước đó trên chính động sản mình tài trợ vốn để mua.

3.4. Xử lý tài sản thế chấp

Về phương thức xử lý, Quốc hội (2015, Điều 303) quy định: Các bên có quyền thỏa thuận về phương thức xử lý, nếu không có thỏa thuận thì tài sản được bán đấu giá, trừ trường hợp luật có quy định khác. Việc này dẫn đến cách hiểu là khi xảy ra sự kiện vi phạm hoặc sự kiện khác làm phát sinh quyền xử lý tài sản bảo đảm, bên nhận thế chấp phải thỏa thuận được với bên thế chấp về phương thức xử lý, nếu không thỏa thuận được thì chỉ có thể bán đấu giá tài sản bảo đảm. Điều này không phù hợp với thông lệ quốc tế và sẽ gây khó khăn cho bên nhận thế chấp trong việc xử lý tài sản bảo đảm. Theo thông lệ quốc tế, trong trường hợp xảy ra hành vi vi phạm của bên bảo đảm, bên nhận bảo đảm có quyền áp dụng một hoặc những biện pháp sau: (1) Chiếm hữu hoặc kiểm soát tài sản bảo đảm; (2) Bán hoặc cho thuê tài sản bảo đảm; (3) Thu hồi hoặc nhận bất kỳ khoản thu, lợi nhuận phát sinh từ việc quản lý hoặc sử dụng tài sản bảo đảm. Bên nhận bảo đảm có thể tự mình thực hiện các hành vi trên hoặc yêu cầu tòa án áp dụng các biện pháp trên và các biện pháp này phải được

thực hiện trong điều kiện thương mại hợp lý, nghĩa là được thực hiện phù hợp với hợp đồng bảo đảm trừ trường hợp hợp đồng là bất hợp lý. Trước khi tiến hành bán hoặc cho thuê tài sản bảo đảm, bên nhận bảo đảm phải thông báo trước cho các bên có liên quan. (Viện quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư, 2001, Điều 8.1).

Về quyền tự thu giữ tài sản của bên nhận thế chấp, quy định hiện hành không cho phép bên nhận thế chấp được tự thu giữ tài sản thế chấp: “Trường hợp người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác” (Quốc hội, 2015, Điều 301). Xét trong hệ thống văn bản pháp luật hiện hành, không có “luật liên quan” quy định mà chỉ có thông tư liên tịch do Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường & Ngân hàng Nhà nước (2014) hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm. Thông tư này được ban hành trước thời điểm Bộ Luật dân sự 2015 có hiệu lực nhưng đã có nhiều tiến bộ khi quy định bên nhận thế chấp được quyền tự mình thu giữ tài sản thế chấp trong trường hợp bên thế chấp hoặc người thứ ba đang giữ tài sản không giao tài sản thế chấp để xử lý nhằm tạo thuận lợi hơn cho việc xử lý tài sản thế chấp (Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường & Ngân hàng Nhà nước, 2014). Mặc dù vậy, nó vẫn còn nhiều điểm chưa hợp lý: *Một là*, chưa có sự phân biệt giữa tài sản thế chấp là bất động sản và động sản. Đối với bất động sản, quy trình thu giữ cần tiến hành một cách thận trọng và thường phải thông qua một bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật cho phép xử lý bất động sản, và khi thu giữ cần thông báo cho chính quyền địa phương nơi có tài sản. Còn đối với động sản thì cơ chế tự thu giữ cần được quy định một cách linh hoạt, thuận tiện hơn, trao quyền chủ động lớn hơn cho bên nhận bảo đảm do tính chất dễ di dời của động sản. *Hai là*, pháp luật chưa đưa ra các yêu cầu, khung giới hạn đối với bên nhận thế chấp khi tự mình thu giữ tài sản thế chấp.

Về việc tự bán tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp, Quốc hội (2015) chưa quy định bên nhận thế chấp phải tuân thủ các nghĩa vụ gì khi tự mình bán tài sản thế chấp để tránh tình trạng giá bán quá thấp, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên thế chấp. Ngoài ra, pháp luật chưa đặt ra các quy định ràng buộc giữa các chủ thể có liên quan trong quá trình bán tài sản. Pháp luật chưa quy định về *cơ chế* thông báo về việc bán tài sản, địa điểm bán tài sản, tính khách

quan về mối quan hệ giữa bên bán và bên mua, v.v... Theo Vũ Thị Hồng Yến (2017), khi bên vay đến hạn không trả được nợ thì ngân hàng đã tự ý tìm người mua tài sản thế chấp và tự thỏa thuận với người mua về giá bán tài sản thế chấp chỉ đủ để trả khoản nợ vay của ngân hàng.

Về định giá tài sản, luật mới chỉ quy định việc định giá tài sản bảo đảm phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường, nhưng quy định này chưa đầy đủ. Nếu động sản là tài sản nhanh bị sụt giảm về giá trị và có sự dao động lớn về giá, bên nhận thế chấp sẽ có xu hướng tìm cách để định giá tại thời điểm giá trị của tài sản thấp (mặc dù vẫn phù hợp với giá thị trường).

Vấn đề xử lý tài sản hình thành trong tương lai manh nha được Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường & Ngân hàng Nhà nước (2014) quy định. Và trong đó, có quy định về xử lý *động sản hình thành trong tương lai*. Tuy nhiên, những quy định này chưa chú trọng đến “tình trạng pháp lý” của tài sản này. Nói cách khác, những quy định này đơn thuần mang tên “xử lý tài sản hình thành trong tương lai” chứ chưa quy định được rõ về phương thức xử lý đối với tài sản đặc biệt này. Những quy định này chủ yếu dựa trên phương thức: tự thu giữ và nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế việc thực hiện nghĩa vụ. Những phương thức này được quy định chung cho giao dịch bảo đảm. Do đó, khi ghi tiêu đề xử lý tài sản hình thành trong tương lai là chưa phù hợp.

4. Kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, nghiên cứu đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về thế chấp *động sản hình thành trong tương lai* như sau.

4.1. Xác lập quyền thế chấp trên động sản hình thành trong tương lai

(1) Ghi nhận động sản thế chấp không chỉ là động sản ban đầu mà bao gồm bất cứ tài sản hay nguồn lợi tài chính nào thu được từ động sản thế chấp ban đầu;

(2) Sửa đổi quy định về thế chấp theo hướng không bắt buộc tài sản thế chấp thuộc sở hữu của bên thế chấp trong khái niệm của biện pháp thế chấp. *Thế chấp là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trong đó bên thế chấp dùng tài sản để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ và không chuyển giao tài sản cho bên nhận thế chấp.* Quyền sở hữu đối với tài sản thế chấp sẽ được nêu lên trong quy định về tài sản thế chấp. *Tài sản thế chấp có thể là tài sản thuộc sở hữu của bên thế chấp hoặc là tài sản không thuộc sở*

hữu của bên thế chấp. Tài sản thế chấp có thể không thuộc sở hữu của bên thế chấp trong trường hợp tài sản hình thành trong tương lai;

(3) Ghi nhận thời điểm có hiệu lực của quyền thế chấp đối với *động sản hình thành trong tương lai* là thời điểm động sản hình thành và thuộc sở hữu của bên thế chấp. Bên cạnh đó, pháp luật không nên quy định đăng ký là điều kiện có hiệu lực của giao dịch bảo đảm;

(4) Ghi nhận quyền thế chấp tự động có hiệu lực khi động sản hình thành và các bên không cần xác lập lại hợp đồng thế chấp cũng như mô tả lại động sản thế chấp.

4.2. Xác lập hiệu lực đối kháng với bên thứ ba

(1) Không nên quy định sự đồng ý của bên thế chấp hay cung cấp bản sao hợp đồng có công chứng/chứng thực là điều kiện bắt buộc trong thủ tục đăng ký;

(2) Khi động sản hình thành, các bên không cần thực hiện việc đăng ký lại.

4.3. Về thứ tự ưu tiên

Sửa đổi tên gọi “thứ tự ưu tiên thanh toán” thành “thứ tự ưu tiên”, đồng thời quy định khái niệm mới theo nghĩa rộng, phù hợp với thông lệ quốc tế. Ghi nhận bên tài trợ vốn để mua tài sản được quyền ưu tiên hơn chủ nợ có bảo đảm thông thường đồng thời đặt ra một số yêu cầu nhất định về việc hưởng quy tắc siêu ưu tiên này. Theo thông lệ quốc tế, để được hưởng quyền “siêu ưu tiên”, các chủ nợ tài trợ vốn để mua tài sản thế chấp phải đăng ký quyền thế chấp của mình trong thời hạn 20 hoặc 30 ngày sau khi bên thế chấp có được tài sản (Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế, 2007, Khuyến nghị 178-180, 184, 192, 195).

4.4. Xử lý tài sản thế chấp

(1) Sửa điều 303 Bộ Luật Dân sự 2015 theo hướng không cần sự đồng ý/ thỏa thuận của bên nhận bảo đảm, bên bảo đảm có quyền lựa chọn phương thức xử lý phù hợp với họ. Ngoài ra, khi tiến hành các phương thức đó, bên bảo đảm có thể tự xử lý hoặc khởi kiện yêu cầu tòa án xử lý. Bên cạnh đó, ghi nhận quyền tự thu giữ tài sản thế chấp của bên nhận thế chấp và quy định vấn đề này một cách thống nhất, dựa trên một cơ chế hiệu quả.

(2) Cần đặt ra các nghĩa vụ bên nhận thế chấp phải tuân thủ khi tự mình bán tài sản thế chấp, đồng thời đặt ra các quy định ràng buộc giữa các chủ thể

có liên quan trong quá trình bán tài sản. Ngoài ra, trong quá trình thực hiện việc bán tài sản, pháp luật cần quy định về vấn đề cung cấp thông tin bán tài sản, địa điểm bán tài sản, sự có mặt của các chủ thể liên quan, mối quan hệ giữa bên bán và bên mua.

(3) cần đặt ra một tiêu chí cụ thể, đầy đủ để định giá tài sản thế chấp. Pháp luật cần có những hướng dẫn, chú thích cụ thể về “phù hợp giá thị trường”, “thời điểm định giá”, v.v ...

(4) Cần đưa ra cơ chế xử lý phù hợp đối với đặc tính của tài sản hình thành trong tương lai:

Trường hợp động sản chưa hình thành, Ví dụ như trong trường hợp “thế chấp toàn bộ *động sản hình thành trong tương lai*”; “thế chấp toàn bộ động sản hiện có và hình thành trong tương lai”. Trong hai trường hợp này, tính từ thời điểm hợp đồng được giao kết đến thời điểm phải xử lý động sản thế chấp, có những động sản hình thành mới và có những động

sản chưa hình thành. Do đó, việc xử lý động sản thế chấp sẽ chỉ xem xét đối với những động sản hình thành mới. Và quy tắc về xử lý những động sản này sẽ áp dụng quy tắc chung về xử lý tài sản bảo đảm.

Trường hợp động sản mới hình thành một phần/đang trong quá trình lắp ráp, pháp luật không nên buộc các bên phải xử lý tài sản ngay thời điểm này. Bởi như vậy, giá trị của tài sản rất thấp, gây bất lợi cho cả hai bên. Pháp luật nên đặt ra các quy tắc để các bên giám sát, tạo điều kiện cho động sản được hình thành. Sau đó, áp dụng cơ chế xử lý chung đối với tài sản bảo đảm. Trường hợp động sản đó không thể được hoàn thiện tiếp hoặc không thể trở thành thành phẩm; pháp luật cần đặt ra một cơ chế xử lý riêng đối với động sản hình thành đang dở này.

Trường hợp động sản hình thành. Khi động sản hình thành, việc xử lý sẽ được áp dụng chung theo quy chế xử lý tài sản bảo đảm.

Tài liệu tham khảo:

- Bộ Tư pháp (2018), *Thông tư số 08/2018/TT-BTP hướng dẫn một số vấn đề 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 các trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của cục đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc bộ tư pháp*, ban hành ngày 20 tháng 06 năm 2018.
- Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường & Ngân hàng Nhà nước (2014), *Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN hướng dẫn một số vấn đề về xử lý tài sản bảo đảm*, ban hành ngày 06 tháng 06 năm 2014.
- Bùi Thị Thanh Hằng (2015), ‘Nhận xét tổng quan về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong dự thảo Bộ Luật Dân sự (sửa đổi)’, *Kỷ yếu tọa đàm khoa học, chế định tài sản, nghĩa vụ và hợp đồng trong dự thảo Bộ Luật Dân sự sửa đổi*, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.
- Chính phủ (2017), *Nghị định số 102/2017/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm*, ban hành ngày 01 tháng 09 năm 2017.
- Chính phủ Kenya (2017), *Luật giao dịch bảo đảm bằng động sản*, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <<http://www.statelaw.go.ke/wp-content/uploads/2016/07/13%E2%80%9494Movable-Property-Security-Rights-Act-2017-Full.pdf>>.
- Cyprian, K. & Marek, D. (2015), *A guide to personal property security act: The case of Malawi*, University of Pretoria, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <<http://www.pulp.up.ac.za/legal-dialogues/a-guide-to-the-personal-property-security-act-the-case-of-malawi>>.
- Lê Thị Thu Thủy & Đỗ Minh Tuấn (2015), ‘Giao dịch bảo đảm dưới khía cạnh so sánh luật học’, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, 23(303), 77-88.
- Nghị viện New Zealand (1999), *Luật giao dịch bảo đảm bằng động sản*, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1999/0126/latest/whole.html#DLM45928>>.
- Nghị viện Úc (2009), *Luật giao dịch bảo đảm bằng động sản*, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00093>>.
- Nguyễn Bích Thảo (2015), ‘Về chế định các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong dự thảo Bộ Luật Dân sự (sửa đổi)’, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, 22(302), 12-22.
- Quốc hội (2015), *Bộ Luật Dân sự 2015*, ban hành ngày 26 tháng 11 năm 2015.
- Richard, A. & Barry, S. (2009), *Secured transactions and suretyship*, Smith & Roberson's Business law, (Fourteenth

Edition), South-Western Cengage Learning, USA.

Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội (2018), *Bản án số 24/2018/KDTM-PT về việc tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa Ngân hàng C và Công ty B*, ban hành ngày 09 tháng 02 năm 2018.

Tòa án nhân dân thành phố Quảng Ngãi (2018), *Bản án số 01/2018/KDTM-ST về việc tranh chấp hợp đồng tín dụng giữa ngân hàng T, chi nhánh Quảng Ngãi và Công ty P*, ban hành ngày 03 tháng 01 năm 2018.

Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại Quốc tế (2007), *Hướng dẫn lập pháp về giao dịch bảo đảm*, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf>.

Viện quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư (2001), *Quyền lợi quốc tế đối với thiết bị lưu động*, truy cập lần cuối ngày 24 tháng 10 năm 2018, từ <<https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>>.

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*, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội.

Xuan-Thao Nguyen & Bich Thao Nguyen (2014), *Transplanting Secured Transactions Law: Trapped in the Civil Code for Emerging Economy Countries*, retrieved on October, 24th 2018, from <<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2024&context=ncilj>>.