

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM BẰNG ĐẶT CỌC, KÝ CƯỚC, KÝ QUỸ, TÍN CHẤP TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

TƯỜNG DUY LƯỢNG*

Tóm tắt: Các biện pháp bảo đảm đều được quy định trong Bộ luật Dân sự qua các lần pháp điển hóa và thường xuyên được sử dụng trong các quan hệ dân sự, kinh doanh thương mại trên thực tiễn. Bài viết này, tác giả nêu và phân tích quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc, ký quỹ và tín chấp.

Từ khóa: Biện pháp bảo đảm; đặt cọc; ký quỹ; tín chấp.

Ngày nhận bài: 26/10/2018; *ngày biên tập xong:* 18/11/2018; *ngày duyệt bài:* 10/12/2018.

1. Biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc

1.1. Khái niệm về đặt cọc

Đặt cọc là biện pháp bảo đảm có nhiều ý nghĩa thực tiễn, rất thông dụng trong đời sống xã hội, từ trước đến nay đều được quy định trong các Bộ luật Dân sự (BLDS): Điều 363 BLDS năm 1995, Điều 358 BLDS năm 2005, Điều 328 BLDS năm 2015.

Theo quy định tại Điều 328 BLDS năm 2015 thì đặt cọc là việc một bên (sau đây gọi là bên đặt cọc) giao cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận đặt cọc) một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau đây gọi chung là tài sản đặt cọc) trong một thời hạn để bảo đảm

giao kết hoặc thực hiện hợp đồng. Trường hợp nếu hợp đồng được giao kết, thực hiện thì tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền; nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc; nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

Trên cơ sở quy định của các BLDS,

**Lưu ý:* Luật sư, Hòa giải viên, Trọng tài viên Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC).

chúng ta có thể thấy đối tượng của giao dịch đặt cọc là tiền, kim khí, đá quý hoặc vật có giá trị khác. Vật có giá trị khác phải là vật được phép lưu thông dân sự, có thể xác định được giá trị bằng một khoản tiền nhất định thì mới được dùng để đặt cọc. Nếu hai bên thỏa thuận đặt cọc mà đối tượng đó pháp luật cấm lưu thông thì dù vật đó có giá trị, hợp đồng đặt cọc sẽ bị vô hiệu, ví dụ: Tiền đặt cọc là ngoại tệ, mà thời điểm đặt cọc và thời điểm xử lý tiền đặt cọc có quy định của pháp luật không cho phép người dân dùng ngoại tệ làm phương tiện giao dịch thanh toán trong hợp đồng dịch vụ, mua bán tài sản.

Quan hệ giữa bên đặt cọc và bên nhận đặt cọc là một quan hệ dân sự bình đẳng, cùng nhau thương lượng, thỏa thuận về việc đặt cọc, nhưng đặt cọc không phải là mục đích chính. Đặt cọc chỉ là một biện pháp bảo đảm cho mục đích chính mà hai bên đang hướng tới, đó là việc giao kết hoặc thực hiện hợp đồng (hợp đồng mà đặt cọc bảo đảm cho hình thành hoặc thực hiện hợp đồng, có thể gọi đây là hợp đồng chính). Khi hợp đồng được giao kết hoặc thực hiện thì bên nhận đặt cọc giao trả tài sản đặt cọc cho bên đặt cọc. Nếu bên đặt cọc vi phạm cam kết như không giao kết hoặc không thực hiện hợp đồng thì mất tài sản đặt cọc, nếu bên nhận đặt cọc vi phạm cam kết thì ngoài việc trả lại tài sản đặt cọc cho bên đặt cọc còn phải chịu một khoản tiền phạt tương đương với giá trị tài sản đặt cọc hoặc theo thỏa thuận.

Như vậy, biện pháp bảo đảm bằng hình thức đặt cọc có đặc điểm sau: Thỏa thuận đặt cọc là một giao dịch dân sự; là mối quan hệ giữa bên đặt cọc và bên nhận đặt

cọc, trong đó, bên đặt cọc phải giao trước cho bên nhận đặt cọc một lượng tài sản nhất định; dù có một bên đặt cọc và một bên nhận cọc nhưng nó không phải là quan hệ một chiều giữa bên được bảo đảm và bên nhận bảo đảm như các biện pháp bảo đảm khác, ví dụ: Cầm cố, thế chấp, bảo lãnh. Có ý kiến cho rằng do chính tính chất hai chiều trong trách nhiệm, dựa trên cơ sở lỗi mà đặt cọc không phải là một biện pháp bảo đảm, mà là hình thức phạt vi phạm; tài sản đặt cọc có thể là một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc tài sản có giá trị khác; đặt cọc nhằm bảo đảm cho việc giao kết hoặc thực hiện hợp đồng và sẽ được trả lại bên đặt cọc nếu hợp đồng được giao kết hoặc thực hiện; bên nào vi phạm cam kết (không ký kết hợp đồng hoặc không thực hiện hợp đồng) sẽ bị phạt cọc.

Từ phân tích trên, có thể định nghĩa đặt cọc là một giao dịch dân sự thể hiện sự thỏa thuận, thống nhất giữa hai bên, qua đó bên đặt cọc sẽ giao cho bên nhận đặt cọc một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị trong một thời hạn nhằm bảo đảm cho việc giao kết hoặc thực hiện hợp đồng, khi hợp đồng được giao kết hoặc thực hiện thì bên đặt cọc sẽ được nhận lại tài sản đặt cọc, bên nào vi phạm sẽ bị phạt cọc.

1.2. Đặt cọc có phải biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai?

Xét về bản chất, đặt cọc là biện pháp bảo đảm bằng hình thức phạt khi vi phạm cam kết. Hình thức phạt vi phạm này được bảo đảm bằng một giá trị đã được xác định trước, bên đặt cọc phải giao số tài sản này cho bên nhận đặt cọc trước khi ký kết hợp đồng chính (nếu là bảo đảm cho ký kết hợp

đồng) và có thể giao số tài sản này cùng thời điểm hoặc sau thời điểm ký hợp đồng chính, nhưng thực tế thường được thực hiện trước thời điểm thực hiện hợp đồng chính, nếu là để bảo đảm thực hiện hợp đồng. Chính đây là cơ sở để đưa đặt cọc vào biện pháp bảo đảm, còn biện pháp phạt vi phạm (không có bảo đảm) dù BLDS năm 1995 cũng xếp đặt cọc cùng danh mục với các biện pháp bảo đảm, nhưng từ BLDS năm 2005 cho đến nay, nhà làm luật không coi đó là biện pháp bảo đảm, đây là lựa chọn đúng đắn, khoa học.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 328 BLDS năm 2015 thì giao dịch đặt cọc có thể hình thành trước để bảo đảm cho việc hình thành, thực hiện hợp đồng. Tại phần quy định chung về các giao dịch bảo đảm trong BLDS năm 2015 có quy định việc bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai và tại khoản 6 Điều 3 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm đã quy định: “Nghĩa vụ trong tương lai là nghĩa vụ dân sự mà giao dịch dân sự làm phát sinh nghĩa vụ đó được xác lập sau khi giao dịch bảo đảm được giao kết”. Từ quy định này và khi thấy việc đặt cọc có thể bảo đảm cho việc giao kết hợp đồng nên có ý kiến cho rằng đặt cọc là biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai. Bên cạnh đó: “Nghĩa vụ hình thành trong tương lai là nghĩa vụ hình thành sau khi các bên xác lập biện pháp bảo đảm (ví dụ, đặt cọc bảo đảm cho nghĩa vụ trong tương lai hoặc bảo lãnh cho người vay tiền)”¹

Tác giả cho rằng ý kiến trên là không đúng, bởi lẽ, các biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai bao giờ cũng phải hình thành trước và nó bảo đảm cho chính nghĩa vụ của giao dịch được hình thành sau (mà nghĩa vụ đó được gọi là nghĩa vụ trong tương lai), chứ không phải là một nghĩa vụ dân sự nói chung. Còn biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc có thể hình thành trước, có thể hình thành sau giao dịch mà nó bảo đảm, tùy theo nhiệm vụ mà nó đảm nhiệm, được thể hiện ở các khía cạnh sau:

Một là, giao dịch đặt cọc có thể hình thành trước, cùng hình thành hoặc hình thành sau hợp đồng chính. Trường hợp đặt cọc đảm bảo cho việc ký kết hợp đồng hoặc vừa bảo đảm cho việc ký kết, vừa bảo đảm cho thực hiện hợp đồng chính thì giao dịch đặt cọc luôn hình thành trước hợp đồng chính. Trường hợp chỉ bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng chính thì nó có thể hình thành trước, hình thành cùng thời điểm hoặc sau khi hợp đồng chính được ký kết, hai bên mới thỏa thuận việc đặt cọc để bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng.

Hai là, biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc không phải là biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong hợp đồng. Do đó, dù giao dịch đặt cọc có hình thành trước khi ký kết hợp đồng chính thì “nhiệm vụ” của nó không phải là bảo đảm cho nghĩa vụ của hợp đồng chính mà tùy thuộc vào sự thỏa thuận của hai bên, nó chỉ bảo đảm cho việc hình thành hợp đồng (ký kết hợp đồng) hoặc nó chỉ bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng chính hay vừa bảo đảm cho việc hình thành hợp đồng chính, vừa bảo đảm cho việc thực hiện chính hợp đồng đó.

1. Xem: “*Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*”, tr.439, 440, Nxb.Tư pháp (2016).

Khi đặt cọc bảo đảm cho việc hình thành hợp đồng thì mục đích việc bảo đảm là bảo đảm thực hiện một hành vi dân sự (hành vi ký kết hợp đồng), một nghĩa vụ phải thực hiện trong cam kết đặt cọc, chứ không phải là bảo đảm nghĩa vụ trong hợp đồng chính sẽ hình thành sau đó. Việc bên đặt cọc mất tiền đặt cọc hoặc bên nhận đặt cọc ngoài việc phải trả số tiền đặt cọc đã nhận còn phải bồi thường giá trị tương ứng với khoản tiền đặt cọc đã nhận và cũng có thể lớn hơn, tùy thuộc thỏa thuận nếu vi phạm các cam kết trong giao dịch đặt cọc. Đây là cái giá mà bất kể bên nào vi phạm phải trả cho việc phá vỡ cam kết.

Có lẽ do có trường hợp đặt cọc chỉ báo đảm thực hiện hợp đồng, nên đã từng xuất hiện ý kiến cho đó là bảo đảm nghĩa vụ trong hợp đồng. Tác giả cho rằng đó là nhận thức sai lầm, đã đồng nhất thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng với thực hiện hợp đồng.

Cần phải thấy nội hàm của thực hiện hợp đồng và thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng không trùng khớp nhau. Về lý luận cũng như dưới góc độ thực tiễn, bảo đảm thực hiện hợp đồng, trong đó có thể là hợp đồng đơn vụ có thể là hợp đồng song vụ, có nội hàm rộng hơn, trong nhiều trường hợp không chỉ có nghĩa vụ, và không phải chỉ có nghĩa vụ về tài sản, cũng không phải chỉ có nghĩa vụ của bên nhận đặt cọc, mà bảo đảm thực hiện đúng nghĩa vụ của mỗi bên trong hợp đồng. Do đó, đối với biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc, bất kể bên nào vi phạm nghĩa vụ, làm cho hợp đồng không được thực hiện thì đều bị phạt cọc. Như vậy, cả hai bên trong hợp đồng đều có nguy cơ bị phạt nếu một

trong hai bên không tôn trọng cam kết, làm cho hợp đồng không được thực hiện.

Ba là, phạt cọc là hình thức phạt vi phạm cam kết có bảo đảm, nên nếu các bên không có thỏa thuận khác thì xử lý tài sản đặt cọc theo luật định (bên vi phạm cam kết sẽ mất tài sản đặt cọc hoặc trả tài sản đặt cọc đã nhận và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc). Tuy nhiên, các bên có thể thỏa thuận phạt cọc gấp nhiều lần giá trị tài sản đặt cọc và số tài sản đó có thể lớn hơn nghĩa vụ của hợp đồng mà biện pháp bảo đảm bằng đặt cọc hướng đến nhằm chống bội tín, tôn trọng cam kết, pháp luật không cấm các thỏa thuận đó. Do đó, trong quan hệ đặt cọc, không có một bên là bên nhận báo đảm, bên được bảo đảm như các quan hệ bảo đảm khác, mà cả hai bên trong quan hệ này đều có thể là “bên nhận”, “bên được” bảo đảm do dựa trên cơ chế phạt hành vi vi phạm cam kết, chứ không phải bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng. Như vậy, dưới một góc nhìn khác, có thể coi việc đặt cọc là hình thức thỏa thuận về điều kiện phá vỡ hợp đồng, các bên hoàn toàn tự do đưa ra cái giá cho việc phá vỡ cam kết.

Trong khi đó, biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai quy định các bên chỉ “chịu trách nhiệm” trong phạm vi nghĩa vụ của chính hợp đồng mà nghĩa vụ bảo đảm hướng đến, chứ “không chịu trách nhiệm” phần nghĩa vụ lớn hơn nghĩa vụ được bảo đảm. Tất cả các yếu tố đó tạo sự khác biệt cơ bản, làm cho đặt cọc không phải là biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong một hợp đồng, càng không phải là biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai.

1.3. Những nội dung cơ bản của biện pháp đặt cọc

Đặt cọc là biện pháp bảo đảm cho việc giao kết hoặc thực hiện hợp đồng, là một loại “chế tài” dân sự rất hiệu quả trong xử lý vi phạm. Do đó, trong trường hợp các bên muốn bảo đảm cho việc giao kết hợp đồng thì trước thời điểm ký kết hợp đồng, hai bên sẽ phải ký hợp đồng đặt cọc với nội dung (một bên thường là) bên mua hàng, hoặc thuê tài sản... giao cho bên bán hoặc bên cho thuê (nếu là quan hệ thuê tài sản) một số tiền, nếu bên mua từ chối giao kết hợp đồng sẽ mất số tiền cọc đó, ngược lại, nếu bên bán từ chối giao kết hợp đồng... thì ngoài việc phải trả số tiền mà bên mua đã đặt cọc cho bên bán, bên bán còn phải giao cho bên mua một số tiền phạt cọc do các bên thỏa thuận về mức phạt. Nếu trong hợp đồng đặt cọc các bên không nêu cụ thể mức phạt, bên bán sẽ phải chịu số tiền phạt cọc bằng chính số tiền cọc mà bên mua đã đặt cọc. Nếu việc đặt cọc chỉ nhằm cho việc giao kết hợp đồng thì khi hợp đồng được giao kết, việc đặt cọc sẽ chấm dứt. Dù quá trình thực hiện hợp đồng có sự vi phạm cũng không áp dụng chế tài phạt cọc đối với bên vi phạm.

Trong hợp đồng các bên thỏa thuận đặt cọc chỉ nhằm bảo đảm thực hiện hợp đồng thì sẽ không được áp dụng phạt vi phạm khi một bên từ chối giao kết hợp đồng, mà chỉ áp dụng phạt bên vi phạm trong thực hiện hợp đồng, khi hợp đồng được thực hiện xong việc đặt cọc mới chấm dứt. Các bên cũng có thể thỏa thuận việc đặt cọc nhằm vừa bảo đảm cho việc giao kết, vừa bảo đảm cho việc thực hiện hợp đồng, trong trường hợp này, chỉ đến khi hợp đồng

được thực hiện xong thì việc đặt cọc mới chấm dứt.

Tài sản đặt cọc cũng có thể dùng để thanh toán nghĩa vụ của hợp đồng. Nếu không dùng tài sản đặt cọc để thanh toán nghĩa vụ hợp đồng thì bên nhận đặt cọc phải trả lại tài sản cho bên đặt cọc.

Tại khoản 2 Điều 328 BLDS năm 2015 có quy định nếu bên đặt cọc từ chối giao kết hoặc thực hiện hợp đồng thì mất tài sản đặt cọc, nếu bên nhận đặt cọc từ chối giao kết hoặc thực hiện hợp đồng thì ngoài việc phải trả lại số tiền đặt cọc cho bên đặt cọc, còn phải chịu một khoản tiền phạt tương đương giá trị tài sản đặt cọc. Như vậy, khi các bên xác lập hợp đồng đặt cọc mà không có thỏa thuận khác thì khi vi phạm, bên nhận đặt cọc sẽ chịu mức phạt cọc như luật quy định là mức phạt tương đương với giá trị tài sản đặt cọc.

Theo nguyên tắc cơ bản của BLDS năm 2015 thì các bên trong quan hệ dân sự có quyền tự do, tự nguyện thỏa thuận, miễn là không xâm phạm quyền, lợi ích của người khác, không vi phạm điều cấm của pháp luật, đạo đức xã hội, lợi ích và trật tự công cộng. Do đó, các bên trong quan hệ đặt cọc có quyền thỏa thuận phạt cọc gấp đôi, gấp ba giá trị tài sản đặt cọc đều được coi là hợp pháp, nhằm ngăn chặn vi phạm hợp đồng. Thỏa thuận về đặt cọc có thể được lập thành văn bản riêng, gọi là hợp đồng đặt cọc, nhưng cũng có thể ghi thành một hay nhiều điều khoản trong hợp đồng chính đều được coi là hợp lệ.

Trong thực tế, các tổ chức tín dụng, ngân hàng ít sử dụng biện pháp bảo đảm là đặt cọc trong hoạt động tín dụng, nhưng

trong các giao dịch dân sự như hợp đồng mua bán, nhất là việc mua bán, chuyển nhượng những tài sản có giá trị lớn như: Mua bán nhà, tàu, thuyền, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, vườn cây, rừng trồng... thì người dân thường sử dụng biện pháp đặt cọc để bảo đảm cho việc giao kết, thực hiện hợp đồng. Nhưng qua thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng mà hai bên có thỏa thuận đặt cọc thấy rằng, có trường hợp nội dung thỏa thuận không rõ ràng đó là tiền trả trước hay đó là khoản đặt cọc. Ví dụ: Trong hợp đồng đặt cọc, đoạn trên của hợp đồng ghi là tiền cọc, tới đoạn dưới lại ghi là tiền trả trước, hoặc trong hợp đồng ghi là tiền trả trước, nhưng trong tài liệu khác do hai bên ký lại ghi là tiền đặt cọc... dẫn đến các cách hiểu khác nhau, khi tranh chấp, mỗi bên giải thích một cách nhằm có lợi cho mình. Việc xác định chính xác ý chí của mỗi bên trong trường hợp này là không đơn giản, gây khó khăn cho Hội đồng xét xử. Có vụ án phải hủy, xét xử nhiều lần xuất phát từ nhận thức, đánh giá khác nhau về các tài liệu nói trên, gây tổn kém cho cả nhà nước và công dân. Do đó, nếu các bên có thỏa thuận đặt cọc cần phải ghi rõ ràng trong hợp đồng, làm vậy sẽ giúp các bên hạn chế tranh chấp, hoặc nếu có tranh chấp giải quyết được thuận lợi.

2. Ký cược

"1. Ký cược là việc bên thuê tài sản là động sản giao cho bên cho thuê một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác (sau đây gọi chung là tài sản ký cược) trong một thời hạn để bảo đảm việc trả lại tài sản thuê.

2. Trường hợp tài sản thuê được trả lại thì bên thuê được nhận lại tài sản ký cược

sau khi trả tiền thuê; nếu bên thuê không trả lại tài sản thuê thì bên cho thuê có quyền đòi lại tài sản thuê; nếu tài sản thuê không còn để trả lại thì tài sản ký cược thuộc về bên cho thuê"²

Theo đó, ký cược là biện pháp bảo đảm phản ánh quan hệ giữa bên có tài sản là động sản với bên có nhu cầu thuê tài sản được thực hiện bằng hình thức bảo đảm là ký cược và đối tượng cho thuê trong quan hệ này là "động sản".

Sự khác biệt giữa ký cược với thuê tài sản thông thường là bên khai thác, sử dụng tài sản thuê không phải trả tiền thuê theo tháng, quý... cho bên có tài sản cho thuê mà thực hiện dưới hình thức bảo đảm là bên thuê phải giao cho bên có tài sản cho thuê một số tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc vật có giá trị khác trong một thời hạn, số tài sản này không phải là trả tiền thuê tài sản, nó chỉ là vật bảo đảm cho việc trả lại tài sản đã thuê và tiền thuê tài sản. Xét về bản chất, có thể coi đây là việc cho thuê tài sản có bảo đảm, thay vì được nhận tiền thuê trước thì bên cho thuê nhận số tiền bảo đảm cho tài sản cho thuê.

Giá trị tài sản ký cược có thể nhỏ hơn, bằng hoặc lớn hơn tài sản thuê tùy thuộc thỏa thuận các bên. Thực tế đối với những tài sản cho thuê có độ rủi ro cao, thời gian cho thuê dài, để bảo đảm an toàn, hạn chế tổn thất, bên cho thuê yêu cầu bên thuê phải giao cho mình tài sản bảo đảm tương đương hoặc ít nhất cũng bằng ba phần tư tài sản cho thuê. Người thuê tài sản không được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thuê.

Khi người thuê tài sản đã thực hiện

2. Điều 329 BLDS năm 2015.

việc ký cược và nhận được tài sản thuê, người thuê tài sản có quyền khai thác công dụng của tài sản thuê trong thời hạn thuê; có trách nhiệm bảo quản tài sản thuê. Khi hết hạn hợp đồng thuê tài sản bên thuê phải trả lại tài sản thuê, đồng thời, phải trả số tiền thuê và được nhận lại số tài sản đã ký cược.

Đối với bên cho thuê, họ có quyền nhận tài sản ký cược và phải giao tài sản cho thuê cho bên thuê. Khi thời hạn thuê đã hết, bên cho thuê có quyền đòi lại tài sản cho thuê, được nhận lại tài sản cho thuê và tiền thuê đầy đủ, nhưng phải trả lại số tài sản mà bên thuê đã ký cược. Trường hợp bên thuê không giao trả tài sản thuê thì tài sản ký cược thuộc về bên cho thuê.

Có vấn đề cần làm rõ: Bên cho thuê sau khi nhận tài sản ký cược có được khai thác, sử dụng tài sản này hay không? Có ý kiến cho rằng “Bên cho thuê (bên nhận ký cược) có nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản ký cược, không được khai thác, sử dụng tài sản đó, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”³. Tác giả cho rằng ý kiến trên là chưa chính xác, trừ tài sản ký cược là vật đặc định thì bên nhận tài sản ký cược không được khai thác, sử dụng tài sản này, còn đối với những tài sản là vật cùng loại thì bên nhận tài sản ký cược hoàn toàn có quyền khai thác, sử dụng, trừ khi có thỏa thuận khác, ví dụ: Tài sản được dùng ký cược là tiền hoặc tài sản ký cược là tài sản cùng loại khác.

Trong thời gian đang tồn tại quan hệ ký

cược mà xuất hiện sự kiện bất khả kháng như thiên tai, dẫn đến mất tài sản ký cược hoặc tài sản thuê thì ai chịu rủi ro này? Bên đang giữ tài sản ký cược hoặc tài sản thuê (bị lũ cuốn trôi) thì bên đang chiếm hữu, quản lý tài sản đó phải bồi thường cho bên kia hay bên có tài sản đó phải chịu (bên ký cược đối với trường hợp tài sản ký cược gặp rủi ro hoặc ngược lại)? Bộ luật Dân sự năm 2015 không quy định rõ bên nào chịu rủi ro, nhưng theo tác giả, từ thời điểm tài sản được chuyển giao, bên đã nhận tài sản có trách nhiệm giữ gìn tài sản đó, nên bên đang quản lý, giữ gìn tài sản đó sẽ là bên chịu rủi ro.

3. Ký quỹ

“1. Ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá vào tài khoản phong toà tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ.

2. Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên có quyền được tổ chức tín dụng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi trừ chi phí dịch vụ.

3. Thủ tục gửi và thanh toán thực hiện theo quy định của pháp luật”⁴.

Theo đó, để người có nghĩa vụ nâng cao trách nhiệm, phòng ngừa việc không thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ, các bên có thể lựa chọn biện pháp bảo đảm là ký quỹ.

Nếu biện pháp cầm cố tài sản là việc bên cầm cố giao tài sản thuộc sở hữu của mình cho bên nhận cầm cố để bảo đảm

3 Xem. “*Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*”, tr. 503, Nxb. Tư pháp ấn hành (2016).

4. Điều 330 BLDS năm 2015.

thực hiện nghĩa vụ thì trong quan hệ ký quỹ, người có nghĩa vụ cũng phải đưa tài sản của mình ra bảo đảm, nhưng có điểm khác biệt cơ bản, đó là trong quan hệ ký quỹ, bên có nghĩa vụ đưa tài sản của mình có thể là tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá khác cho một tổ chức tín dụng giữ, bằng hình thức phong tỏa và bên ký quỹ phải chịu các chi phí dịch vụ của tổ chức tín dụng như lệ phí gửi, thanh toán tiền ký quỹ.

Khi bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ (không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ), bên có quyền sẽ yêu cầu tổ chức tín dụng nơi đang phong tỏa tài sản của bên có nghĩa vụ thanh toán cho mình.

Đây là biện pháp bảo đảm khá hiệu quả trong việc bảo đảm nghĩa vụ, nên các thương nhân hay sử dụng và cũng là một nghiệp vụ quen thuộc của các tổ chức tín dụng.

4. Tín chấp

Tín chấp là biện pháp bảo đảm phi tài sản, là quan hệ đối nhân. Một tổ chức được luật quy định có quyền sử dụng uy tín của mình đứng ra bảo đảm cho bên vay vốn.

Chủ thể trực tiếp bảo đảm bằng tín chấp: Theo quy định tại Điều 344 BLDS năm 2015 thì chỉ có tổ chức chính trị - xã hội mới được bảo đảm bằng tín chấp. Theo quy định tại Điều 50 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm thì các đơn vị tại cơ sở của các tổ chức chính trị - xã hội sau đây là bên bảo đảm bằng tín chấp: Hội Nông dân Việt Nam; Hội Liên hiệp phụ nữ Việt Nam; Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam; Đoàn Thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh; Hội Cựu chiến binh Việt Nam; Mặt trận Tổ quốc Việt Nam.

Các tổ chức chính trị - xã hội xác nhận theo yêu cầu của tổ chức tín dụng về điều kiện, hoàn cảnh của cá nhân, hộ gia đình nghèo khi vay vốn tại tổ chức tín dụng. Tổ chức chính trị - xã hội có quyền từ chối bảo đảm bằng tín chấp, nếu thấy cá nhân, hộ gia đình nghèo không có khả năng sử dụng vốn vay để sản xuất, kinh doanh, làm dịch vụ và trả nợ cho tổ chức tín dụng.

Tổ chức chính trị - xã hội phối hợp với tổ chức tín dụng hướng dẫn, giúp đỡ cá nhân, hộ gia đình làm thủ tục vay vốn; đồng thời, giám sát việc sử dụng vốn vay đúng mục đích, hiệu quả và đôn đốc trả nợ.

Chủ thể được bảo đảm bằng tín chấp là cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại tổ chức tín dụng để sản xuất, kinh doanh, tiêu dùng theo quy định của pháp luật. Đối với đối tượng này, tổ chức tín dụng chỉ cho vay từ vài triệu đến vài chục triệu với lãi suất rất ưu đãi, thường chỉ tương đương với lãi suất tiết kiệm hoặc có thể thấp hơn.

Hình thức và nội dung tín chấp: Việc vay tiền bằng tín chấp phải lập bằng văn bản, thường thể hiện dưới dạng hợp đồng tín dụng, có xác nhận của tổ chức chính trị - xã hội về điều kiện, hoàn cảnh của bên vay vốn; trong hợp đồng vay vốn phải ghi cụ thể số tiền, mục đích, thời hạn vay, lãi suất, quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của người vay, tổ chức tín dụng cho vay, tổ chức bảo đảm tín chấp.

Dù vay để sản xuất, kinh doanh nhưng đây chủ yếu là sản xuất buôn bán nhỏ lẻ, nên nếu có tranh chấp thì vẫn xác định là tranh chấp dân sự, chứ không phải tranh chấp kinh doanh thương mại. □