

ĐÓNG GÓP Ý KIẾN CHO
NGHỊ ĐỊNH HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI
(DỰ THẢO NGÀY 21/10/2014)

**Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng &
Đặng Vũ Minh Hà¹**

I. Nhận xét chung

Nhìn chung, dự thảo ngày 21/10/2014 đã có nhiều sửa đổi hợp lý so với các bản dự thảo trước, thoát khỏi sự sao chép cứng nhắc từ Luật trọng tài thương mại 2010. Tuy nhiên, Dự thảo Nghị định cần đảm bảo các nguyên tắc cơ bản của hòa giải thương mại được ghi nhận trong Luật mẫu của UNCITRAL về Hòa giải thương mại quốc tế (“Luật mẫu”) và tiếp thu có chọn lọc phù hợp với hoàn cảnh kinh tế, chính trị và xã hội của Việt Nam.

1. Các nguyên tắc cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại

Dựa trên tinh thần của Luật mẫu và Sổ tay Hướng dẫn sử dụng² và chuyển hóa vào nội luật Luật mẫu về Hòa giải thương mại quốc tế của Ủy ban pháp luật thương mại quốc tế của Liên Hợp Quốc (2002), việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại phải đảm bảo các nguyên tắc cơ bản sau:

a. Đảm bảo quyền tự do đình đoaat (party autonomy) của các bên tranh chấp

Điều này được thể hiện ở hầu hết các điều khoản của Luật mẫu (Điều 3, Điều 4, Điều 5, Điều 6, Điều 11, Điều 12)

Các bên tham gia vào quá trình hòa giải trên tinh thần tự nguyện, không bên nào có thể ép buộc bên nào tham gia vào phương thức này. Sự tự nguyện còn được thể hiện ở việc các bên có thể quyết định hoàn toàn quy trình

¹ Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng là Thạc Sĩ Luật Giải quyết tranh chấp quốc tế, Trường Luật Queen Mary, ĐHTH Luân Đôn và là thành viên Viện Trọng tài Luật Đôn (CIArb) và Ủy ban Trọng tài của Đoàn luật sư quốc tế IBA. Đặng Vũ Minh Hà là trợ lý nghiên cứu, Thạc sỹ Luật thương mại quốc tế, ĐH Leicester (Anh). Thông tin chi tiết có thể xem tại: <http://dzungsrt.com/our-people/>

² Toàn văn tiếng Anh của Luật mẫu và Hướng dẫn sử dụng có thể truy cập tại http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf

hòa giải. Về nguyên tắc, hòa giải viên chỉ có thể gợi ý và hướng dẫn các bên về quy trình thủ tục hòa giải và hỗ trợ các bên đạt được thỏa thuận hòa giải. Các bên mới là người làm chủ việc giải quyết tranh chấp, họ có quyền đề xuất với hòa giải viên những thay đổi cần thiết cho phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh của mình. Khác với trọng tài viên, hòa giải viên không có quyền xét xử, ban hành bất kỳ quyết định nào trong quá trình hòa giải và ra phán quyết mà kết quả giải quyết vụ tranh chấp phụ thuộc vào sự thỏa thuận của các bên. Những nhận định và ý kiến của hòa giải viên trong quá trình hòa giải chỉ có tính chất tham khảo và không có tính chất ràng buộc đối với các bên tranh chấp. Việc các bên có đi đến thỏa thuận hòa giải hay không và nội dung của thỏa thuận đó sẽ do các bên tự quyết định.

b. Đảm bảo tính bảo mật của nội dung hòa giải

Nguyên tắc này được thể hiện ở Điều 8, Điều 9, Điều 10 của Luật mẫu.

Mọi thông tin liên quan đến quá trình hòa giải đều phải được giữ bí mật bởi các bên và hòa giải viên. Nếu việc hòa giải không thành và các bên phải sử dụng trọng tài hay tòa án để giải quyết tranh chấp thì những thông tin đã được sử dụng trong hoạt động hòa giải vẫn phải tiếp tục được giữ bí mật và không thể trở thành bằng chứng chống lại một trong các bên (trừ khi các bên có thỏa thuận khác). Hòa giải viên cũng phải đảm bảo nghĩa vụ bí mật thông tin. Trong tổ tụng trọng tài hay tòa án sau đó, tòa án hoặc hội đồng trọng tài không được triệu tập hòa giải viên với tư cách nhân chứng.

c. Đảm bảo tính linh hoạt mềm dẻo của thủ tục hòa giải

Nguyên tắc này được thể hiện ở Điều 1, Điều 3, Điều 6, Điều 7, Điều 11, Điều 14 của Luật mẫu.

Không giống như thủ tục trọng tài, thủ tục hòa giải không cần thiết phải quy định các biện pháp bảo đảm về mặt tổ tụng như cấm hòa giải viên gặp

riêng từng bên tranh chấp, nghĩa vụ của hòa giải viên phải cung cấp thông tin có được từ bên này cho bên kia, cũng không nhất thiết phải tuân theo một thủ tục ràng buộc để đảm bảo thỏa thuận hòa giải thành được thi hành. Sự mềm dẻo của thủ tục hòa giải và khả năng điều chỉnh thủ tục cho phù hợp với từng vụ việc, theo mong muốn của các bên được coi là nét đặc trưng của thủ tục hòa giải thương mại.

d. Đảm bảo sự vô tư, khách quan của hòa giải viên

Nguyên tắc này thể hiện ở Điều 6 và Điều 12 của Luật mẫu.

Nguyên tắc này đảm bảo hòa giải viên đối xử công bằng với các bên tranh chấp. Đây là một nghĩa vụ sơ đẳng và quy tắc tối thiểu mà hòa giải viên phải tuân thủ. Hòa giải viên phải xem xét tất cả vấn đề, lợi ích và các khả năng giải quyết tranh chấp được đưa ra bởi cả hai bên.

Để đảm bảo việc vô tư, khách quan, hòa giải viên không được đồng thời làm người đại diện cho bất cứ bên nào và không được làm luật sư tư vấn cho các bên. Hòa giải viên cũng không được đồng thời làm trọng tài viên cho cùng vụ tranh chấp nếu việc hòa giải không thành và vụ việc phải giải quyết bằng trọng tài trừ khi các bên thỏa thuận đồng ý cho phép hòa giải viên đồng thời là trọng tài viên.

Trên đây là 4 nguyên tắc cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại. Việc xây dựng luật pháp về hòa giải thương mại dù quy định gì đi chăng nữa cũng phải đảm bảo được 4 nguyên tắc cơ bản này. Ngoài việc đảm bảo các nguyên tắc cơ bản này, việc xây dựng Nghị định Hòa giải thương mại còn phải phù hợp với tình hình kinh tế, xã hội của Việt Nam cũng như xu hướng chung về hòa giải thương mại của quốc tế.

2. Pháp luật về hòa giải thương mại phải phù hợp với tình hình kinh tế, xã hội của Việt Nam và xu hướng chung của quốc tế

Sự phù hợp của pháp luật về hòa giải thương mại với tình hình kinh tế, xã hội của Việt Nam được thể hiện qua 3 yếu tố cơ bản: Hòa giải viên, Tổ chức hòa giải và Thỏa thuận hòa giải thành.

a. Hòa giải viên

Hòa giải thương mại mặc dù là một phương thức giải quyết tranh chấp thay thế ngoài tòa án, tuy nhiên nó không phải là một hình thức tranh tụng, hòa giải viên không đóng vai trò giống như thẩm phán hay trọng tài viên là người xét xử tranh chấp của các bên. Bản chất của hòa giải là hòa giải viên với tư cách một người thứ ba độc lập, vô tư và khách quan, hỗ trợ các bên đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp.

Ở Việt Nam, việc đặt ra các tiêu chuẩn để cấp thẻ hòa giải viên hay chứng chỉ hành nghề là vô lý. Người được các bên lựa chọn có thể không đạt tiêu chuẩn để được cấp thẻ nhưng lại là người được các bên tin tưởng lựa chọn. Do đó, việc đặt ra các tiêu chuẩn để cấp chứng chỉ hòa giải viên sẽ làm hạn chế quyền tự do định đoạt của các bên trong việc giải quyết tranh chấp của mình, đi ngược lại với nguyên tắc cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải.

Hơn nữa, ngay cả trọng tài viên, người có khả năng xét xử tranh chấp của các bên, cũng không cần phải được cấp thẻ trọng tài viên. Các nước trên thế giới phát triển về hòa giải cũng không có quy định về tiêu chuẩn hòa giải viên phải có bằng đại học cũng như việc cung cấp chứng chỉ hay thẻ hòa giải viên. Chính vì thế, không có lý gì để công nhận hòa giải viên bằng hình thức cấp thẻ hòa giải viên cả.

Mặc dù vậy, Hòa giải thương mại là một phương thức giải quyết tranh chấp còn khá mới mẻ ở Việt Nam nên rõ ràng trình độ và kỹ năng của hòa giải viên là một mối quan tâm lớn của Nhà nước. Thay vì quy định cứng trong văn bản luật thì nhà nước hoàn toàn có thể cung cấp những khóa đào tạo kiến thức và kỹ năng hòa giải để nâng cao chất lượng của hòa giải viên. Ngoài ra, nên quy định rõ các tổ chức hòa giải cũng phải ban hành những tiêu chuẩn để kết nạp một người trở thành hòa giải viên trong danh sách hòa giải viên của tổ chức đó.

Như vậy sẽ gián tiếp tạo ra những tiêu chuẩn cơ bản của một hòa giải viên vì đa phần hòa giải thương mại sẽ phát triển dưới hình thức hòa giải tại một tổ chức hòa giải là chính, trước khi hòa giải theo vụ việc (ad-hoc mediation) phát triển.

b. Tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại

Các tổ chức hòa giải thương mại đóng vai trò hỗ trợ các thủ tục hòa giải đồng thời cũng đóng vai trò như một cơ quan chỉ định hòa giải viên (appointing authority). Tuy nhiên, theo tinh thần của Nghị định hòa giải, pháp luật cho phép cả hai hình thức: hòa giải vụ việc (ad-hoc mediation) và hòa giải tại tổ chức hòa giải (institutional mediation) nên tổ chức hòa giải thương mại chỉ có vai trò chỉ định hòa giải viên đối với hình thức hòa giải tại tổ chức hòa giải. Ngoài ra, để đảm bảo tính linh hoạt của thủ tục hòa giải thì đối với hòa giải vụ việc, các bên có thể yêu cầu bất cứ một người thứ ba hoặc một cơ quan nào khác để chỉ định hòa giải viên.

Chúng tôi cho rằng việc thành lập mới một loạt các trung tâm hòa giải thương mại không phải là một giải pháp tốt bởi lẽ việc một loạt các trung tâm hòa giải thương mại mới mọc lên, trong hoàn cảnh hòa giải thương mại còn khá mới ở Việt Nam, nền tảng về mặt pháp luật chưa thực sự đầy đủ, chưa đánh giá được nhu cầu của xã hội sẽ khiến cho hoạt động hòa giải thương mại trở nên kém hiệu quả và gây tốn kém. Nhưng chúng tôi cũng không ủng hộ ý kiến cho rằng chỉ nên thành lập thí điểm một trung tâm hòa giải thương mại quốc gia, như vậy sẽ tạo nên sự độc quyền và có thể đem lại hiệu quả thấp. Việc thành lập một trung tâm hòa giải lớn có quy mô toàn quốc cũng là một mô hình đáng để học hỏi nhưng trong hoàn cảnh hiện tại thì mô hình này chưa thực sự thực tế. Tuy nhiên, vẫn có thể quy định điều này vào trong Nghị định vì hoàn toàn có thể thực hiện song song mô hình này cùng với việc phát triển các tổ chức hòa giải khác cho đến thời điểm thích hợp.

Chúng tôi bảo lưu ý kiến về các mô hình hòa giải như đã được nêu ra trong bản đóng góp ý kiến cho Dự thảo ngày 17/09/2014. Về việc các tổ chức

trọng tài cung cấp dịch vụ hòa giải, Luật Trọng tài thương mại năm 2010 đã dự liệu trước cho phép tổ chức trọng tài ngoài việc cung cấp dịch vụ giải quyết tranh chấp bằng trọng tài còn có thể cung cấp cả dịch vụ hòa giải và các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại khác [Ví dụ: Dispute Adjudication Board (DAB), Dispute Board (DB), v.v]. Như vậy sẽ tận dụng được tối đa cơ sở vật chất và đội ngũ nhân sự của các trung tâm trọng tài hiện có, đa dạng hóa dịch vụ và tạo nguồn thu cho các trung tâm trọng tài này mà không phát sinh thêm các vấn đề về thủ tục hành chính, cấp phép rườm rà.

Đặc biệt nên khuyến khích mô hình dịch vụ hòa giải ở các tổ chức đại diện cho doanh nghiệp (VCCI, các hiệp hội ngành nghề, AMCHARM, EUROCHARM...), các tổ chức này thường hiểu rất rõ thành viên của mình và do đó hiểu được nhu cầu giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, việc các tổ chức này được phép cung cấp dịch vụ hòa giải hoặc ít nhất được quyền giới thiệu/chỉ định hòa giải viên theo yêu cầu của các bên tranh chấp sẽ khiến cho hòa giải thương mại trở nên hiệu quả hơn. Có thể tham khảo mô hình của Tổ chức Giải quyết tranh chấp Bảo hiểm (IDRO), Bộ phận Hòa giải khách hàng thuộc Hiệp hội Ngân hàng Singapore (ABS), Phòng Quan hệ khách hàng thuộc Hiệp hội quốc gia các Đại lý du lịch của Singapore (NATAS)...

Chúng tôi cũng bảo lưu ý kiến rằng tất cả các mô hình hòa giải như trên đều có thể cùng tồn tại đảm bảo cho các bên tranh chấp có nhiều sự lựa chọn để giải quyết tranh chấp của mình.

c. Thỏa thuận hòa giải thành

Thỏa thuận hòa giải thành về mặt bản chất là một cam kết thỏa thuận giữa các bên về việc thực hiện (không thực hiện) nghĩa vụ nào đó để giải quyết tranh chấp. Nó hoàn toàn mang tính chất của một hợp đồng. Đây là cách tiếp cận hiện nay của Luật mẫu.

Chỉ thị 2008/52/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu về một số khía cạnh của Hòa giải trong các vấn đề Dân sự và Thương mại quy định

rằng: các quốc gia thành viên phải đảm bảo một hoặc các bên trong tranh chấp có thể thi hành được thỏa thuận hòa giải thành **thông qua một phán quyết hoặc quyết định của tòa án hoặc cơ quan thi hành án** trừ khi thỏa thuận đó trái với pháp luật của quốc gia thành viên.

Bên cạnh đó, theo kế hoạch làm việc của Nhóm công tác số 2 của Ủy ban pháp luật thương mại quốc tế của Liên Hợp Quốc (UNCITRAL) (Nhóm công tác về Trọng tài và Hòa giải)³, UNCITRAL cho rằng rào cản lớn nhất đối với sự phát triển của hòa giải là thỏa thuận hòa giải thành đạt được sau thủ tục hòa giải thông qua luật hợp đồng có thể gặp nhiều khó khăn và tốn thời gian. Do đó, UNCITRAL đang có kế hoạch xây dựng một công ước về việc công nhận và cho thi hành thỏa thuận hòa giải thành giống như công ước New York 1958 về việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài quốc tế. Tuy nhiên, việc xây dựng công ước này cần phải thảo luận sâu hơn để giải quyết những khúc mắc và vấn đề còn tồn tại. Nếu công ước này thành hiện thực thì thỏa thuận hòa giải thành sẽ có giá trị như phán quyết trọng tài và có thể được công nhận và cho thi hành ở các quốc gia khác nhau trên thế giới. Tuy nhiên, nó đòi hỏi việc thay đổi pháp luật về hòa giải ở nhiều quốc gia và do đó việc hiện thực hóa công ước có thể còn cần rất nhiều thời gian.

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng việc coi “Thỏa thuận hòa giải thành có giá trị thi hành bắt buộc như một bản án hoặc Phán quyết của Trọng tài thương mại” chưa phù hợp với tình hình kinh tế xã hội cũng như hoàn cảnh của Việt Nam vì một số lí do sau đây:

- Nếu coi thỏa thuận hòa giải thành có giá trị thi hành như bản án hoặc phán quyết của trọng tài thương mại sẽ dẫn đến việc phải sửa đổi Bộ luật tố tụng dân sự 2011, Luật trọng tài thương mại năm 2010 và Luật thi hành án dân sự 2008. Đây không phải là một việc đơn giản, việc sửa đổi luật sẽ mất rất nhiều thời gian cũng như

³ <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V14/073/32/PDF/V1407332.pdf?OpenElement>

công sức của các nhà làm luật, chưa kể đến tính khả thi của phương án này.

- Để coi thỏa thuận hòa giải thành như bản án hoặc phán quyết của trọng tài thương mại thì có thể sẽ xảy ra các thủ tục như công nhận thỏa thuận hòa giải thành hay hủy thỏa thuận hòa giải thành. Với kinh nghiệm đã từng xảy ra đối với phán quyết của trọng tài thương mại, chúng tôi thấy rằng việc này sẽ gặp rất nhiều khó khăn và có thể gây hậu quả ngược lại là thỏa thuận hòa giải thành không thi hành được.
- Như phân tích ở trên, về bản chất, thỏa thuận hòa giải thành là một hợp đồng, việc tòa án can thiệp vào việc thực hiện hợp đồng này là một điều bất hợp lý, chưa kể đến việc có thể có những khó khăn và tiêu cực sẽ xảy ra.

Việt Nam có thể xem xét việc gia nhập công ước về công nhận và cho thi hành thỏa thuận hòa giải thành nếu nó thành hiện thực sau, tuy nhiên, ở thời điểm hiện tại, khi pháp luật về hòa giải còn chưa thực sự vững vàng và dựa trên những thực tiễn ở Việt Nam đối với phán quyết trọng tài (tình trạng hủy và không công nhận cho thi hành cao) thì chúng tôi cho rằng việc coi thỏa thuận hòa giải thành là bản án của tòa án hoặc phán quyết trọng tài có giá trị ràng buộc là chưa hợp lý.

Tuy nhiên nếu nhìn nhận từ góc độ người sử dụng dịch vụ hòa giải thương mại thì rõ ràng nếu Thỏa thuận hòa giải thành chỉ được xem như là một hợp đồng mới thông thường thì không tránh khỏi những e ngại về việc tiếp tục phát sinh tranh chấp từ hợp đồng mới này, do đó không đạt được mục tiêu hòa giải là triệt để giải quyết tranh chấp giữa các bên liên quan. Vì vậy, quan điểm của chúng tôi cho rằng những tranh chấp (nếu có) phát sinh từ việc thi hành thỏa thuận hòa giải thành (một hợp đồng mới) nên được giải quyết theo thủ tục rút gọn của Tòa án quy định trong Bộ luật tố tụng dân sự sửa đổi (*Xin xem góp ý đính kèm của chúng tôi cho Tòa án nhân dân tối cao trong việc sửa đổi Bộ luật*

tố tụng dân sự hiện hành) hoặc thủ tục rút gọn theo quy tắc tố tụng trọng tài thích hợp (Expedited Procedure)⁴ giới hạn thẩm quyền của hội đồng trọng tài chỉ xem xét việc thực hiện thỏa thuận hòa giải thành.

II. Nhận xét từng điều khoản của Dự thảo

Qua phân tích những điều kiện cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải cũng như khả năng áp dụng các điều kiện đó ở Việt Nam, chúng tôi cho rằng Nghị định về Hòa giải thương mại cần đáp ứng được các điều kiện cơ bản nói trên đồng thời phải kết hợp hài hòa giữa điều kiện cụ thể trong nước cũng như xu hướng chung của quốc tế về lĩnh vực hòa giải thương mại. Việc đóng góp ý kiến cho Dự thảo cũng dựa trên những yêu cầu này.

⁴ Có thể tham khảo thủ tục trọng tài rút gọn (Expedited arbitration procedure) tại Quy tắc số 5 Bộ quy tắc tố tụng trọng tài của Trung tâm Trọng tài quốc tế Singapore (SIAC) năm 2013 http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013#siac_rule5

CHÍNH PHỦ

CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập - Tự do - Hạnh phúc

Số: /2014/NĐ-CP
Dự thảo ngày
21/10/2014

Hà Nội, ngày tháng năm 2014

NGHỊ ĐỊNH
Về Hòa giải thương mại

CHÍNH PHỦ

Căn cứ Luật Tổ chức Chính phủ ngày 25 tháng 12 năm 2001;
Xét đề nghị của Bộ trưởng Bộ Tư pháp,

NGHỊ ĐỊNH:

Chương I

NHỮNG QUY ĐỊNH CHUNG

Điều 1. Phạm vi điều chỉnh và đối tượng áp dụng

1. Nghị định này quy định về phạm vi hòa giải thương mại, nguyên tắc hoạt động hòa giải thương mại, hòa giải viên, điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức hòa giải thương mại, trình tự, thủ tục tiến hành hòa giải, quản lý nhà nước về tổ chức, hoạt động hòa giải.

Nghị định này không điều chỉnh hoạt động hòa giải trong tố tụng tòa án, tố tụng trọng tài và hòa giải cơ sở.

2. Nghị định này áp dụng đối với tổ chức hòa giải thương mại, hòa giải viên, cơ quan quản lý nhà nước về hòa giải thương mại và tổ chức, cá nhân khác có liên quan đến hoạt động hòa giải thương mại.

Điều 2. Phạm vi giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại

1. Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại.

2. Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng hòa giải thương mại.

Nhận xét 1:

Việc gộp hai khoản (1) và (2) của dự thảo cũ vào thành khoản (1) của điều này là không hợp lý và thu hẹp phạm vi của Điều này. Theo khoản (1) mới này, không rõ những tranh chấp giữa các bên không phải từ hoạt động thương mại mà có ít nhất một bên có hoạt động thương mại thì có được giải quyết bằng hòa giải thương mại hay không?

Cách quy định như trong Điều 2 trước đây vốn đã giới hạn phạm vi giải quyết tranh chấp bằng hòa giải trong các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng, nay quy định như thế này càng làm cho phạm vi của nó giới hạn hơn nữa. Chúng tôi khuyến nghị sử dụng định nghĩa về khái niệm “thương mại” được sử dụng trong Luật mẫu của UNCITRAL về Hòa giải thương mại quốc tế: *Thuật ngữ “thương mại” được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm **mọi vấn đề phát sinh từ quan hệ mang tính thương mại trong hợp đồng hoặc ngoài hợp đồng**. Quan hệ mang tính thương mại bao gồm, nhưng không giới hạn, các quan hệ sau đây: Mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ; phân phối; đại diện thương mại; ủy nhiệm thu; thuê mua; xây dựng; dịch vụ tư vấn; thiết kế kỹ thuật; li-xăng; đầu tư; tài trợ vốn; nghiệp vụ ngân hàng; bảo hiểm; thăm dò, khai thác; liên doanh và các hình thức hợp tác sản xuất khác; vận chuyển hàng hóa, hành khách bằng đường hàng không, đường biển, đường sắt, đường bộ.*

Theo định nghĩa này, mọi tranh chấp mang tính chất thương mại phát sinh từ quan hệ hợp đồng hay ngoài hợp đồng đều có thể được giải quyết bằng hòa giải.

Điều 3. Giải thích từ ngữ

1. *Hòa giải thương mại* là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thoả thuận và được hòa giải viên tiến hành theo quy định của Nghị định này.

2. *Thoả thuận hòa giải* là thoả thuận giữa các bên về việc giải quyết bằng hòa giải tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh.

3. *Các bên tranh chấp* là cá nhân, cơ quan, tổ chức Việt Nam hoặc nước ngoài tham gia hòa giải thương mại với tư cách bên yêu cầu hòa giải và bên chấp thuận yêu cầu hòa giải.

4. *Hòa giải viên* là người được các bên lựa chọn hoặc được tổ chức hòa giải thương mại chỉ định theo yêu cầu của các bên để giải quyết tranh chấp theo quy định của Nghị định này.

5. *Tổ chức hòa giải thương mại* gồm Trung tâm trọng tài thương mại được thành lập và hoạt động theo pháp luật về trọng tài thương mại và Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập và hoạt động theo quy định tại Nghị định này.

6. *Thỏa thuận hòa giải thành* là văn bản thỏa thuận giữa các bên tranh chấp về việc giải quyết một phần hoặc toàn bộ tranh chấp phát sinh.

Nhận xét 2:

- **Khoản 3:** không nhất thiết phải quy định cụ thể là bên yêu cầu hòa giải và bên nhận yêu cầu hòa giải. Bởi trong tiến trình hòa giải có những lúc các bên đổi vai trò đó cho nhau. Hơn nữa, việc phân biệt rạch ròi hai vai trò đó cũng không có tác dụng gì trong hoạt động hòa giải.
- **Khoản 4:** không nhất thiết chỉ quy định một cơ quan chỉ định duy nhất là tổ chức hòa giải thương mại. Theo tinh thần của Điều 5 của Luật mẫu, các bên có thể nhờ cá nhân hoặc cơ quan, tổ chức trợ giúp việc chỉ định hòa giải viên.
- **Khoản 5:** theo chúng tôi, Nghị định không nên quy định tổ chức hòa giải bao gồm Trung tâm trọng tài thương mại bởi mặc dù nên khuyến khích mô hình Trung tâm trọng tài thương mại đồng thời cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại tuy nhiên không phải trung tâm trọng tài nào cũng triển khai dịch vụ này. Điều này còn tùy thuộc vào điều kiện tài chính, nhân sự và rất nhiều yếu tố khác của trung tâm trọng tài. Do đó, chúng tôi cho rằng khái niệm “tổ chức hòa giải” có thể được định nghĩa là: *“là tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại thành lập và hoạt động theo quy định tại Nghị định này hoặc các tổ chức khác có cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại”*.

Theo chúng tôi nên bổ sung thêm một khái niệm pháp lý về thẩm quyền chỉ định hoặc giới thiệu hòa giải viên cho các bên tranh chấp (**appointing authority**) bao gồm các tổ chức (phòng thương mại hay hiệp hội doanh nghiệp) và cá nhân theo sự thỏa thuận lựa chọn của các bên tranh chấp.

Điều 4. Nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại

1. Hòa giải viên tôn trọng thỏa thuận của các bên nếu thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm và không trái đạo đức xã hội.

2. Hòa giải viên độc lập, khách quan, vô tư và tuân theo quy định của pháp luật.

3. Các bên tranh chấp đều bình đẳng về quyền và nghĩa vụ. Hòa giải viên có trách nhiệm tạo điều kiện để các bên tranh chấp thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình.

4. Mọi thông tin liên quan đến quá trình hòa giải đều phải được giữ bí mật, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác hoặc việc tiết lộ thông tin đó là cần thiết cho việc hòa giải.

Điều 5. Chính sách của Nhà nước về hòa giải thương mại

1. Nhà nước khuyến khích các bên tranh chấp sử dụng hòa giải thương mại để giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực thương mại.

2. Khuyến khích huy động các nguồn lực xã hội để thành lập các tổ chức hòa giải thương mại, đào tạo nhân lực hòa giải viên.

3. Luật sư, trọng tài viên có nghĩa vụ tư vấn cho khách hàng của mình sử dụng hòa giải thương mại để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại.

Nhân xét 3:

Khoản 3 của Điều này là một điều khoản rất tiến bộ, thể hiện rõ sự ủng hộ của nhà nước đối với hoạt động hòa giải nói chung và hòa giải thương mại nói riêng. Tuy nhiên, để cho chính xác hơn khoản này cần được sửa lại như sau: *“Luật sư có nghĩa vụ tư vấn cho khách hàng, trọng tài viên có nghĩa vụ tư vấn và khuyến khích các bên tranh chấp sử dụng hòa giải thương mại để giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại”*.

Điều 6. Điều kiện giải quyết tranh chấp bằng hòa giải

Tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải nếu các bên có thỏa thuận hòa giải. Thỏa thuận hòa giải có thể được lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp.

Chương II HÒA GIẢI VIÊN

Điều 7. Tiêu chuẩn của hòa giải viên

1. Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của Bộ luật dân sự; có phẩm chất đạo đức tốt, có uy tín, độc lập, vô tư, khách quan.

2. Có trình độ đại học và đã qua thực tế công tác theo ngành đã học ít nhất 05 năm.

3. Có kỹ năng hòa giải, hiểu biết pháp luật, tập quán kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực liên quan.

4. Không phải là bị can, bị cáo, người đang chấp hành án hình sự hoặc đã chấp hành xong bản án nhưng chưa được xóa án tích.

Nhận xét 4:

Cần phải xác định rằng Hòa giải viên không giống như Trọng tài viên. Hòa giải viên không phải là người phán xét ai đúng ai sai hoặc đưa ra quyết định giải quyết tranh chấp như Trọng tài viên. Hòa giải viên chỉ là người hỗ trợ các bên đạt được thỏa thuận để giải quyết tranh chấp. Chính vì thế, các bên có thể chọn bất cứ người nào mà họ tin tưởng để làm Hòa giải viên. Chúng tôi bảo lưu quan điểm rằng không cần quy định tiêu chuẩn của hòa giải viên. Nếu có chăng cũng chỉ cần quy định những điều cơ bản như: Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, không phải là bị can, bị cáo, người đang chấp hành án hình sự hoặc đã chấp hành xong bản án nhưng chưa được xóa án tích hoặc không phải là công chức hoặc cán bộ cơ quan tư pháp như Công an, Kiểm sát, Tòa án và thi hành án. Những tiêu chuẩn về trình độ của hòa giải viên cũng như kỹ năng hòa giải không cần thiết phải quy định. Bởi lẽ, có những người không có trình độ đại học và cũng không có thực tế công tác nhưng họ lại có khả năng thuyết phục được các bên và được các bên tin tưởng lựa chọn, do đó hoàn toàn đủ khả năng làm Hòa giải viên. Về kỹ năng hòa giải, do không có tiêu chí cũng như tiêu chuẩn để đánh giá nên chúng tôi cho rằng cũng không cần thiết phải quy định.

Tóm lại, những quy định chặt chẽ về trình độ của Hòa giải viên là không hợp lý và cũng không phù hợp với thực tiễn quốc tế nên không nên quy định trong Nghị định.

Điều 8. Công nhận hòa giải viên

Phương án 1: Các tổ chức hòa giải thương mại lựa chọn, lập danh sách hòa giải viên của tổ chức mình gửi Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương lập và công bố danh sách hòa giải viên của địa phương mình trên Cổng thông tin điện tử của Sở Tư pháp.

Phương án 2: Cơ quan nhà nước (Bộ Tư pháp, Tòa án hoặc cơ quan khác) công nhận hòa giải viên thông qua việc cấp Chứng chỉ hành nghề hoặc cấp Thẻ hòa giải viên.

Nhận xét 5:

Phương án 1 chỉ có thể thực hiện đối với các Hòa giải viên thuộc các tổ chức Hòa giải thương mại và vẫn chưa tính đến các Hòa giải viên hoạt động độc lập. Chúng tôi cho rằng, việc công bố danh sách Hòa giải viên của các tổ chức Hòa giải thương mại trên cổng thông tin điện tử của Sở tư pháp là không cần thiết vì khác với Trọng tài việc công bố danh sách Trọng tài viên trên cổng thông tin điện tử ngoài mục đích tuyên truyền về trọng tài còn có mục đích khác là tạo cơ sở pháp lý để Tòa án có thẩm quyền chỉ định Trọng tài viên cho trọng tài vụ việc từ danh sách đó nhưng Hòa giải thương mại thì không nhằm mục đích đó. Hơn nữa, việc công bố danh sách Hòa giải viên không có nghĩa là một người cần phải có tên trong danh sách được công bố như trên mới có thể đảm nhận vai trò Hòa giải viên trong một vụ tranh chấp. Điều này tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động của các Hòa giải viên hoạt động độc lập mà không có tên trong danh sách hòa giải viên của bất kỳ tổ chức hòa giải nào.

Bên cạnh đó, chúng tôi cũng không đồng ý với việc cấp Chứng chỉ hành nghề hoặc Thẻ hòa giải viên rút kinh nghiệm từ việc cấp thẻ trọng tài viên trước đây. Bản Dự thảo này có tiến bộ ở chỗ không đặt ra yêu cầu bắt buộc về bồi dưỡng nghiệp vụ của Hòa giải viên. Chính vì vậy, cũng không có cơ sở hoặc tiêu chí nào để cấp Chứng chỉ hành nghề hoặc Thẻ hòa giải viên. Do đó, chúng tôi khuyến nghị nên chỉnh sửa lại phương án 1 cho hợp lý và loại bỏ hẳn phương án 2.

Điều 9. Quyền, nghĩa vụ của hòa giải viên

1. Hoạt động độc lập, tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên.
2. Tuân thủ pháp luật, tuân thủ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của hòa giải viên.
3. Bảo vệ bí mật thông tin về vụ tranh chấp mà mình giải quyết, trừ trường hợp theo quy định của pháp luật hoặc được sự đồng ý của các bên.
4. Thông báo cho các bên về **năng lực**, **thẩm quyền**, phí, chi phí hòa giải trước khi tiến hành hòa giải.
5. Hòa giải viên không được đồng thời đảm nhiệm vai trò đại diện hay tư vấn cho một trong các bên.
6. Hòa giải viên không được đồng thời là trọng tài viên đối với cùng vụ tranh chấp đang hoặc đã tiến hành hòa giải, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

Nhận xét 6:

Như đã nêu ý kiến đối với bản Dự thảo ngày 17/9/2014, chúng tôi cho rằng cần phải xác định rõ mối quan hệ giữa Hòa giải viên và các bên tranh chấp không giống như mối quan hệ giữa Trọng tài viên và nguyên đơn, bị đơn. Vì Trọng tài là một thủ tục xét xử mang tính chất tài phán nên nếu như các thủ tục bắt buộc không được tuân thủ, Trọng tài viên không làm đúng nghĩa vụ của mình thì phán quyết trọng tài có thể bị hủy hoặc không được công nhận và cho thi hành. Tuy nhiên, Hòa giải mềm dẻo và linh hoạt hơn so với trọng tài, Hòa giải hoàn toàn dựa trên sự tự nguyện của các bên, mối quan hệ giữa hòa giải viên và các bên tranh chấp sử dụng dịch vụ hòa giải là mối quan hệ có tính chất hợp đồng. Các bên tranh chấp và Hòa giải viên hoàn toàn có thể thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của Hòa giải viên trong hợp đồng. Do đó, chúng tôi cho rằng pháp luật không nên quy định quá chi tiết về những vấn đề liên quan đến quyền và nghĩa vụ của hòa giải viên.

Chúng tôi đồng ý với khoản 5 và 6 của Điều này quy định cụ thể vai trò của Hòa giải viên trong tố tụng trọng tài và mối quan hệ của Hòa giải viên với các bên. Tuy nhiên, chúng tôi không đồng ý với khoản 4 bởi lẽ Hòa giải viên chỉ là người hỗ trợ các bên giải quyết tranh chấp nên không thể có năng lực và thẩm quyền được. Những vấn đề này hoàn toàn phụ thuộc vào thỏa thuận giữa các bên và không nên được quy định trong Nghị định.

Để hợp lý hơn, điều này nên được thay bằng các quy định về quy tắc ứng xử của Hòa giải viên, trong đó sẽ bao hàm đầy đủ các yếu tố cần thiết quy định trong điều này.

Có thể tham khảo Bộ quy tắc ứng xử Hòa giải viên của Liên minh châu Âu tại http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf hoặc Bộ quy tắc ứng xử cho bên thứ ba trung lập của Trung tâm giải quyết tranh chấp Hiệu quả CEDR (Center for Effective Dispute Resolution) tại http://www.cedr.com/about_us/modeldocs/?id=4

Điều 10. Hình thức hoạt động của hòa giải viên

Hòa giải viên được lựa chọn hoạt động theo một trong hai hình thức sau đây:

1. Hòa giải viên tại tổ chức hòa giải thương mại.
2. Hòa giải viên độc lập.

Nhận xét 7:

Chúng tôi xin nhấn mạnh rằng, Hòa giải viên có thể hoạt động tại một tổ chức hòa giải thương mại đồng thời hoạt động độc lập. Do đó, chúng tôi khuyến nghị rằng, Điều này nên quy định rằng: “Hòa giải viên có thể hoạt động dưới hình thức Hòa giải viên tại tổ chức hòa giải thương mại hoặc Hòa giải viên hoạt động độc lập hoặc cả hai hình thức trên”. Về mặt từ ngữ, chúng tôi cho rằng nên sử dụng thống nhất khái niệm “Hòa giải viên hoạt động độc lập” xuyên suốt trong cả Nghị định để tránh gây nhầm lẫn.

Chương III

TỔ CHỨC HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI

Điều 11. Trung tâm trọng tài thương mại

Trung tâm trọng tài thương mại thực hiện hòa giải thương mại theo quy định của Nghị định này và Quy tắc hòa giải của Trung tâm.

Điều 12. Trung tâm hòa giải thương mại

1. Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập theo quy định của Nghị định này, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng, thực hiện cung cấp dịch vụ về hòa giải thương mại.

2. Trung tâm hòa giải thương mại được lập chi nhánh, văn phòng đại diện theo quy định của pháp luật.

3. Trung tâm hòa giải thương mại có Ban điều hành và Ban thư ký. Cơ cấu, bộ máy của Trung tâm hòa giải thương mại do điều lệ của Trung tâm quy định.

Ban điều hành Trung tâm hòa giải thương mại gồm có Chủ tịch, một hoặc các Phó Chủ tịch, có thể có Tổng thư ký do Chủ tịch Trung tâm hòa giải thương mại cử. Chủ tịch Trung tâm hòa giải thương mại là hòa giải viên.

4. Trung tâm hòa giải thương mại có danh sách hòa giải viên.

Điều 13. Tên gọi Trung tâm hòa giải thương mại

1. Tên của Trung tâm hòa giải thương mại bao gồm cụm từ “Trung tâm hòa giải thương mại”.

2. Tên của Trung tâm hòa giải thương mại được đặt bằng tiếng Việt, tránh đặt tên trùng lặp, gây nhầm lẫn. Trung tâm hòa giải thương mại có thể dùng tên viết tắt, tên giao dịch bằng tiếng nước ngoài.

Nhận xét 8:

Chúng tôi bảo lưu ý kiến về việc tên gọi của tổ chức Hòa giải thương mại không nhất thiết phải có cụm từ “Trung tâm Hòa giải thương mại”. Tên gọi của một tổ chức không quy định giới hạn, chức năng của tổ chức đó. Việc gọi chung một loại tổ chức hòa giải thương mại như vậy là cưỡng ép và gò bó, chúng tôi không thấy được mục đích cụ thể của việc này. Hơn nữa, thực tiễn thế giới cho thấy các tổ chức hòa giải nổi tiếng không phải lúc nào cũng có cụm từ “trung tâm hòa giải thương mại”, chẳng hạn như “Trung tâm giải quyết tranh chấp hiệu quả” (CEDR), “Trung tâm hòa giải Singapore” (SMC),...

Điều 14. Điều kiện, thủ tục đăng ký hoạt động Trung tâm hòa giải thương mại

1. Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập khi có ít nhất năm sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ tiêu chuẩn là hòa giải viên quy định tại Điều 7 của Nghị định này đề nghị thành lập và được Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi Trung tâm dự kiến đặt trụ sở cấp Giấy đăng ký hoạt động.

2. Hồ sơ đề nghị đăng ký hoạt động Trung tâm hòa giải thương mại gồm:

- a) Đơn đề nghị đăng ký hoạt động;
- b) Dự thảo điều lệ của Trung tâm;
- c) Danh sách các sáng lập viên và các giấy tờ kèm theo chứng minh những người này có đủ điều kiện quy định tại Điều 7 Nghị định này.

3. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, Sở Tư pháp cấp Giấy đăng ký hoạt động Trung tâm hòa giải thương mại và phê chuẩn điều lệ của Trung tâm; trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

Điều 15. Quyền, nghĩa vụ của tổ chức hòa giải thương mại

1. Quy định về tiêu chuẩn hòa giải viên và quy trình xét chọn, lập danh sách, xóa tên hòa giải viên trong danh sách hòa giải viên của tổ chức mình.

2. Gửi danh sách hòa giải viên và những thay đổi về danh sách hòa giải viên cho Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi tổ chức đăng ký hoạt động để công bố trên cổng thông tin điện tử của Sở Tư pháp.

3. Xây dựng, ban hành và công bố công khai Quy tắc hòa giải, biểu mức phí hòa giải của tổ chức mình.

4. Chỉ định hòa giải viên theo yêu cầu của một bên hoặc các bên.

5. Cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại, dịch vụ hành chính, văn phòng và các dịch vụ khác liên quan đến việc giải quyết tranh chấp thương mại.

6. Thu phí hòa giải và các khoản hợp pháp khác có liên quan đến hoạt động hòa giải.

7. Trả thù lao và các chi phí khác cho hòa giải viên.

8. Ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp hòa giải viên.

9. Tổ chức bồi dưỡng nâng cao trình độ và kỹ năng giải quyết tranh chấp cho hòa giải viên.

10. Định kỳ hàng năm báo cáo Sở Tư pháp nơi đăng ký hoạt động về hoạt động của tổ chức hòa giải thương mại.

11. Lưu trữ hồ sơ, cung cấp bản sao biên bản hòa giải theo yêu cầu của các bên tranh chấp hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Nhận xét 9:

Chúng tôi ủng hộ việc tổ chức hòa giải có thể ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của hòa giải viên. Tuy nhiên, để việc áp dụng được thống nhất và áp dụng cả với các hòa giải viên hoạt động độc lập, chúng tôi cho rằng nên ban hành ngay quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp bắt buộc của hòa giải viên thay thế cho Điều 9 của Nghị định như đã nhận xét ở trên hoặc đính kèm như Phụ lục của Nghị định. Các tổ chức hòa giải có thể tiếp thu chính bộ quy tắc hành xử này hoặc ban hành quy tắc đạo đức riêng dành cho hòa giải viên thuộc trung tâm mình nhưng không được trái với bộ quy tắc đạo đức chung kính kèm theo Nghị định này.

Điều 16. Thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại

Trung tâm hòa giải thương mại bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động trong các trường hợp sau đây:

1. Trung tâm hòa giải thương mại có hành vi vi phạm đã bị xử phạt vi phạm hành chính mà tái phạm;

2. Trung tâm hòa giải thương mại không tiến hành bất kỳ hoạt động nào ghi trong điều lệ, Giấy đăng ký hoạt động trong vòng 05 năm liên tục kể từ ngày được cấp Giấy đăng ký hoạt động.

Trong thời hạn 15 ngày làm việc kể từ ngày quyết định thu hồi Giấy đăng ký hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại có hiệu lực, Trung tâm hòa giải phải nộp lại Giấy đăng ký hoạt động cho Sở Tư pháp nơi cấp Giấy đăng ký hoạt động.

Nhận xét 10:

Cần quy định cụ thể, trung tâm hòa giải thương mại có thể bị xử phạt hành chính trong trường hợp nào?

Điều 17. Chấm dứt hoạt động của tổ chức hòa giải thương mại

1. Trung tâm trọng tài thương mại chấm dứt hoạt động theo quy định của pháp luật về trọng tài thương mại. Trình tự thủ tục chấm dứt hoạt động của Trung tâm trọng tài thương mại thực hiện theo quy định của pháp luật về trọng tài thương mại.

2. Trung tâm hòa giải thương mại chấm dứt hoạt động trong các trường hợp sau đây:

- a) Các trường hợp được quy định tại điều lệ của Trung tâm;
- b) Bị thu hồi Giấy đăng ký hoạt động theo quy định tại Điều 16 Nghị định này.

Trong trường hợp chấm dứt hoạt động theo quy định tại điều lệ của Trung tâm hòa giải thương mại, chậm nhất là 30 ngày trước thời điểm chấm dứt hoạt động, Trung tâm phải thông báo bằng văn bản về việc chấm dứt hoạt động cho Sở Tư pháp nơi đặt trụ sở của Trung tâm.

Trong thời hạn 10 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo về việc chấm dứt hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại, Sở Tư pháp ra quyết định công bố về việc chấm dứt hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại và đăng tải trên trang thông tin điện tử của Sở Tư pháp.

Trung tâm hòa giải thương mại thanh lý các hợp đồng, hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác; thanh toán các khoản nợ, nghĩa vụ tài chính khác; nộp lại Giấy đăng ký hoạt động cho Sở Tư pháp; nộp lại con dấu cho cơ quan có thẩm quyền cấp và đăng ký việc sử dụng con dấu.

Chương IV

TRÌNH TỰ, THỦ TỤC HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI

Điều 18. Thỏa thuận hòa giải

1. Thỏa thuận hòa giải có thể được xác lập dưới hình thức điều khoản hòa giải trong hợp đồng hoặc dưới hình thức thỏa thuận riêng.

2. Thỏa thuận hòa giải được xác lập bằng văn bản hoặc bằng miệng. Các hình thức thỏa thuận sau đây cũng được coi là xác lập dưới dạng văn bản:

a) Thỏa thuận được xác lập qua trao đổi giữa các bên bằng telegram, fax, telex, thư điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật;

b) Thỏa thuận được xác lập thông qua trao đổi thông tin bằng văn bản giữa các bên;

c) Thỏa thuận được luật sư, công chứng viên hoặc tổ chức có thẩm quyền ghi chép lại bằng văn bản theo yêu cầu của các bên;

d) Trong giao dịch các bên có dẫn chiếu đến một văn bản có thể hiện thỏa thuận hòa giải như hợp đồng, chứng từ, điều lệ công ty và những tài liệu tương tự khác.

Nhận xét 12:

Thỏa thuận hòa giải có thể được xác lập bằng văn bản hoặc bằng miệng nên không nhất thiết phải quy định cụ thể thể nào là thỏa thuận bằng văn bản bởi dù xác lập bằng văn bản hay bằng miệng thì thỏa thuận hòa giải vẫn có giá trị pháp lý như nhau.

Điều 19. Quyền, nghĩa vụ của các bên tranh chấp trong quá trình hòa giải

1. Lựa chọn, đề xuất hòa giải viên, địa điểm, thời gian để tiến hành hòa giải.

2. Đồng ý hoặc từ chối hòa giải; yêu cầu tạm dừng hoặc chấm dứt hòa giải.

3. Yêu cầu việc hòa giải được tiến hành công khai hoặc không công khai.

4. Được bày tỏ ý chí và quyết định về nội dung giải quyết hòa giải.

5. Cung cấp thông tin, tài liệu có liên quan đến vụ tranh chấp theo đề nghị của hòa giải viên.

6. Tôn trọng hòa giải viên và các bên có liên quan.

Nhận xét 13:

Chúng tôi vẫn cho rằng quy định này là không cần thiết, các bên hoàn toàn có thể tự thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của mình. Pháp luật cũng không có chế tài đối với những hành vi vi phạm nghĩa vụ trong điều khoản này nên việc quy định này là thừa và có thể lược bỏ. (Có thể xem lại phân tích trong bản đóng góp ý kiến về dự thảo ngày 17/9/2014)

Điều 20. Lựa chọn, chỉ định hòa giải viên

1. Các bên có quyền thỏa thuận về việc lựa chọn hòa giải viên độc lập hoặc đề nghị tổ chức hòa giải thương mại chỉ định hòa giải viên phù hợp.

2. Việc chỉ định hòa giải viên thông qua tổ chức hòa giải thương mại được thực hiện theo Quy tắc hòa giải của tổ chức hòa giải thương mại.

Nhận xét 14:

Ngoài việc đề nghị tổ chức hòa giải thương mại chỉ định hòa giải viên, theo tinh thần của Điều 5 Luật mẫu của UNCITRAL về Hòa giải thương mại quốc tế, các bên có quyền yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân trợ giúp trong việc chỉ định hòa giải viên. Điều này là hoàn toàn hợp lý. Do đó, chúng tôi khuyến nghị nên tiếp thu điều này của Luật mẫu.

Điều 21. Địa điểm, thời gian hòa giải

Địa điểm, thời gian hòa giải được thực hiện theo thỏa thuận của các bên hoặc theo lựa chọn của hòa giải viên trong trường hợp các bên không có thỏa thuận.

Điều 22. Thủ tục tiến hành hòa giải

1. Các bên có quyền lựa chọn Quy tắc hòa giải của tổ chức hòa giải thương mại hoặc tự thỏa thuận thủ tục tiến hành hòa giải.

2. Tranh chấp có thể do một hoặc nhiều hòa giải viên tiến hành theo thỏa thuận của các bên.

3. Tại bất kỳ thời điểm nào trong quá trình hòa giải, hòa giải viên có quyền đưa ra các đề xuất nhằm giúp các bên giải quyết vụ tranh chấp.

4. Tại bất kỳ thời điểm nào trong quá trình hòa giải, các bên có thể yêu cầu chấm dứt, tạm ngừng hoặc tiếp tục hòa giải. Hòa giải viên phải tôn trọng quyết định của các bên.

Nhận xét 15:

Cách diễn đạt của khoản 2 có thể khiến cho người đọc nghĩ rằng Hòa giải viên là người giải quyết tranh chấp. Cần nhấn mạnh một lần nữa rằng, việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự nguyện và ý chí của các bên, hòa giải viên chỉ đóng vai trò hỗ trợ, giúp đỡ các bên đạt được thỏa thuận hòa giải và chỉ có thể đưa ra các đề xuất giải quyết tranh chấp chứ không có quyền áp đặt phương án giải quyết tranh chấp cho các bên. Để tránh nhầm lẫn, khoản 2 nên sửa thành: “*Tranh chấp có thể do một hoặc nhiều hòa giải viên tiến hành hòa giải theo thỏa thuận của các bên*” hoặc “*Việc hòa giải có thể do một hoặc nhiều hòa giải viên tiến hành theo thỏa thuận của các bên*”.

Điều 23. Hòa giải thành

1. Hòa giải thành là trường hợp các bên đạt được thỏa thuận về việc giải quyết một phần hoặc toàn bộ tranh chấp.

2. Trường hợp các bên đạt được thỏa thuận hòa giải thành, **hòa giải viên lập thỏa thuận hòa giải thành.**

Thỏa thuận hòa giải thành gồm các nội dung chính sau đây:

- a) Căn cứ tiến hành hòa giải;
- b) Thông tin cơ bản về các bên;
- c) Nội dung chủ yếu của vụ việc;
- d) Diễn biến của quá trình hòa giải;
- đ) Thỏa thuận đạt được và giải pháp thực hiện;
- e) Quyền và nghĩa vụ của các bên;
- g) Phương thức, thời hạn thực hiện thỏa thuận;
- h) Các nội dung khác.

Thỏa thuận hòa giải thành có chữ ký của các bên và của hòa giải viên.

Nhận xét 16:

Như đã được phân tích trong phần nhận xét chung, thỏa thuận hòa giải thành có bản chất là một hợp đồng được thỏa thuận giữa các bên tranh chấp. Do

đó, chính các bên tranh chấp phải là người soạn thảo và lập hợp đồng đó bởi các bên tranh chấp là người bị ràng buộc bởi hợp đồng và hợp đồng đó thể hiện ý chí giữa các bên. Hòa giải viên không đóng vai trò như Trọng tài viên là người được phân xử vụ việc và lập phán quyết. Nếu Hòa giải viên lập thỏa thuận hòa giải thành và không thể hết được ý chí của các bên trong thỏa thuận đó thì cũng không thể chịu trách nhiệm về giá trị pháp lý của thỏa thuận đó được. Do đó, thỏa thuận hòa giải thành nên do chính các bên tranh chấp lập ra và hòa giải viên, dù có thể giúp đỡ và đưa ra đề xuất về các điều khoản của thỏa thuận hòa giải thành, cũng không có trách nhiệm lập ra thỏa thuận đó và càng không nên trở thành một bên của hợp đồng mới⁵.

Điều 24. Hiệu lực của thỏa thuận hòa giải thành

1. Khi các bên đạt được thỏa thuận hòa giải thành để giải quyết tranh chấp thì thỏa thuận hòa giải thành đó tạo thành **một hợp đồng mới** và có hiệu lực ràng buộc đối với các bên.

2. Khuyến khích các bên tự nguyện thực thi thỏa thuận hòa giải thành. Trường hợp một bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng thỏa thuận hòa giải thành thì bên kia có quyền khởi kiện theo quy định của pháp luật về hợp đồng.

Nhận xét 17:

Cần quy định cụ thể rằng Thỏa thuận hòa giải thành có giá trị như một hợp đồng mới **thay thế hẳn hợp đồng cũ**. Tránh việc các bên có thể tiếp tục đem tranh chấp của hợp đồng cũ ra giải quyết bằng Tòa án hoặc Trọng tài.

Điều 25. Chấm dứt thủ tục hòa giải

Thủ tục hòa giải chấm dứt trong các trường hợp sau đây:

1. Khi các bên đạt được thỏa thuận hòa giải thành.

2. Khi hòa giải viên xét thấy không cần thiết tiếp tục thực hiện hòa giải, **sau khi có ý kiến nhất trí của các bên**.

3. Theo đề nghị của một bên tranh chấp.

Nhận xét 18:

⁵ Có thể tham khảo Thỏa thuận Hòa giải thành mẫu của Trung tâm Giải quyết tranh chấp hiệu quả (CEDR) tại http://www.cedr.com/about_us/modeldocs/ hoặc file đính kèm.

Điều này dựa trên Điều 11 của Luật mẫu và chúng tôi cho rằng nên tiếp thu đầy đủ Điều 11 của Luật mẫu bởi việc chấm dứt thủ tục hòa giải còn ảnh hưởng đến việc tính thời hiệu khởi kiện tại trọng tài hoặc tòa án nên cần phải được quy định rõ thời điểm chấm dứt thủ tục hòa giải. Đặc biệt, tại khoản 2 của Điều này, chúng tôi cho rằng nên giữ nguyên quy định của Luật mẫu là: “... Hòa giải viên, sau khi tham khảo ý kiến của các bên, xác định rằng không cần thiết phải tiếp tục các nỗ lực hòa giải nữa” vì Hòa giải viên không nhất thiết cần phải đạt được sự nhất trí của các bên mới có thể dừng việc hòa giải bởi đôi khi hòa giải viên tham khảo ý kiến của các bên và một bên thấy rằng nỗ lực hòa giải không thể đạt được kết quả, thì hòa giải viên cũng có thể chấm dứt thủ tục hòa giải.

Điều 26. Mối liên hệ giữa hòa giải thương mại với tố tụng trọng tài và tố tụng tòa án

1. Trường hợp các bên đã thỏa thuận hòa giải và cam kết không khởi kiện ra Tòa án hoặc Trọng tài thương mại trong một thời hạn xác định thì cam kết đó sẽ được **Hội đồng trọng tài hoặc Tòa án thừa nhận có hiệu lực**, trừ trường hợp một bên thấy cần thiết khởi kiện ra Tòa án hoặc Trọng tài thương mại để bảo vệ quyền lợi của mình.

2. Việc một bên khởi kiện ra Tòa án hoặc Trọng tài thương mại không bị coi là từ chối thỏa thuận hòa giải và cũng không làm chấm dứt thủ tục hòa giải.

Nhận xét 19:

- **Khoản 1:** cần quy định cụ thể và rõ ràng rằng, nếu các bên đã có thỏa thuận hòa giải và cam không khởi kiện ra Tòa án và trọng tài trong một thời gian xác định thì Hội đồng trọng tài hoặc Tòa án phải thừa nhận hiệu lực của thỏa thuận đó và từ chối thụ lý vụ việc cho đến hết thời hạn trong cam kết. Sở dĩ phải quy định cụ thể như vậy vì trong thực tế, đã có nhiều trường hợp, mặc dù các bên quy định phải đảm bảo điều kiện nhất định thì mới có thể khởi kiện trọng tài hoặc tòa án nhưng trọng tài và tòa án vẫn thụ lý vụ việc dù các điều kiện được thỏa thuận chưa được đáp ứng.
- Chúng tôi khuyến nghị nên thêm khoản 3 của Điều này nói về Giá trị chứng cứ tại Trọng tài và Tòa án của các thông tin có được từ thủ tục hòa giải. Cụ thể, các thông tin có được từ thủ tục hòa giải (dù dưới bất kỳ hình thức nào và từ bất kỳ bên nào hay từ hòa giải viên) đều không có giá trị chứng cứ tại Tòa án hoặc Trọng tài. Bên cạnh đó, hòa giải viên cũng không thể được triệu tập làm nhân chứng liên quan đến các chứng cứ nói

trên. Đây là một quy định vô cùng quan trọng nhằm đảm bảo nguyên tắc bảo mật của thủ tục hòa giải, đảm bảo lợi ích của hòa giải viên sau khi thủ tục hòa giải chấm dứt đồng thời tạo tâm lý thoải mái hơn cho Hòa giải viên khi tham gia hỗ trợ các bên giải quyết tranh chấp. Quy định cụ thể về vấn đề này, có thể tham khảo Điều 10 của Luật mẫu⁶.

Điều 27. Hòa giải không thành

Hòa giải không thành là trường hợp các bên không đạt được thỏa thuận về việc giải quyết tranh chấp. Trong trường hợp này, các bên có quyền yêu cầu tiếp tục hòa giải hoặc yêu cầu cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết theo quy định của pháp luật.

Điều 28. Phí, chi phí hòa giải

Phí và chi phí hòa giải do các bên thỏa thuận hoặc theo biểu phí của tổ chức hòa giải thương mại.

Chương V

QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ TỔ CHỨC, HOẠT ĐỘNG HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI VÀ ĐIỀU KHOẢN THI HÀNH

Điều 29. Quản lý nhà nước về tổ chức, hoạt động hòa giải thương mại

⁶ Điều 10. Sử dụng chứng cứ thu được từ thủ tục hòa giải vào thủ tục khác

1. Các bên trong thủ tục hòa giải, hòa giải viên và bất kỳ người thứ ba nào khác, kể cả những người đã từng được tham gia tiến hành thủ tục hòa giải, không được viện dẫn hay cung cấp các chứng cứ sau đây hoặc làm người làm chứng liên quan đến các chứng cứ đó trong thủ tục trọng tài, thủ tục tố tụng tư pháp hay một thủ tục tương tự:

- a) Đề nghị hòa giải của một bên gửi cho bên kia hoặc việc một bên sẵn sàng tham gia thủ tục hòa giải;
- b) Quan điểm, đề xuất mà một bên đưa ra trong quá trình hòa giải liên quan đến giải pháp giải quyết vụ tranh chấp;
- c) Những tuyên bố hay những tình tiết được một bên đưa ra hoặc thừa nhận trong quá trình hòa giải;
- d) Những đề xuất do hòa giải viên đưa ra;
- e) Việc một bên thể hiện sự sẵn sàng chấp nhận đề xuất giải pháp giải quyết vụ tranh chấp do hòa giải viên đưa ra

2. Quy định tài khoản 1 Điều này được áp dụng không phân biệt hình thức thông tin hay những chứng cứ được đề cập đến trong các thông tin đó.

3. Chỉ được tiết lộ các thông tin nêu tại khoản 1 Điều này khi có lệnh của Hội đồng trọng tài, Tòa án hoặc cơ quan Nhà nước có thẩm quyền khác. Nếu các thông tin nêu trên được cung cấp làm chứng cứ mà vi phạm quy định tại khoản 1 Điều này, thì các chứng cứ đó không được chấp nhận. Tuy nhiên, các thông tin đó có thể được tiết lộ, cung cấp làm chứng cứ trong phạm vi được pháp luật quy định trong phạm vi cần thiết cho việc thực hiện thỏa thuận đạt được sau thủ tục hòa giải.

4. Các quy định tài khoản 1, 2 và 3 Điều này có hiệu lực áp dụng không phân biệt thủ tục trọng tài, thủ tục tố tụng tư pháp hay thủ tục tương tự đó có liên quan đến vụ tranh chấp được đưa ra hòa giải hay không.

5. Trừ trường hợp quy định tài khoản 1 Điều này, mọi chứng cứ khác đều được sử dụng hợp pháp tổng thủ tục trọng tài, thủ tục tố tụng tư pháp hay thủ tục tương tự, kể cả trong trường hợp các chứng cứ đó đã được sử dụng trước đó trong thủ tục hòa giải.

Bộ Tư pháp là cơ quan giúp Chính phủ thực hiện thống nhất quản lý nhà nước về hòa giải thương mại trong phạm vi cả nước, có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

1. Soạn thảo, trình cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc ban hành theo thẩm quyền văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành pháp luật về hòa giải thương mại.
2. Ban hành các mẫu văn bản, giấy tờ trong lĩnh vực hòa giải thương mại.
3. Thực hiện các biện pháp hỗ trợ phát triển hoạt động hòa giải thương mại.
4. Kiểm tra, thanh tra và xử lý vi phạm pháp luật về hòa giải thương mại.
5. Hợp tác quốc tế trong lĩnh vực hòa giải thương mại.
6. Giải quyết khiếu nại, tố cáo và xử lý vi phạm pháp luật về hoạt động hòa giải thương mại.
7. Thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn khác theo quy định của pháp luật.

Điều 30. Trách nhiệm của Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương

1. Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong phạm vi thẩm quyền của mình thực hiện quản lý nhà nước về hoạt động hòa giải thương mại tại địa phương.

2. Sở Tư pháp giúp Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thực hiện chức năng quản lý nhà nước về tổ chức và hoạt động hòa giải thương mại tại địa phương, có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

a) Đăng ký hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại, công bố danh sách hòa giải viên tại địa phương.

b) Rà soát, thống kê và báo cáo số liệu về hòa giải viên tại địa phương hàng năm.

c) Kiểm tra, thanh tra và xử lý vi phạm đối với tổ chức hòa giải thương mại, hòa giải viên trong phạm vi địa phương theo thẩm quyền.

d) Giải quyết khiếu nại, tố cáo về tổ chức hòa giải thương mại và hoạt động hòa giải thương mại theo thẩm quyền.

đ) Báo cáo Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, Bộ Tư pháp về hoạt động hòa giải thương mại tại địa phương định kỳ hàng năm và khi có yêu cầu.

e) Các nhiệm vụ, quyền hạn khác theo quyết định của Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương hoặc theo ủy quyền của Bộ trưởng Bộ Tư pháp.

Điều 31. Trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức có liên quan

1. Các Bộ, cơ quan ngang Bộ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm phối hợp với Bộ Tư pháp thực hiện quản lý nhà nước về hòa giải thương mại.

2. Các tổ chức có liên quan trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ của mình có trách nhiệm phối hợp quản lý, theo dõi, giám sát về tổ chức, hoạt động hòa giải thương mại theo quy định của pháp luật.

Nhận xét 20:

Tiếp thu ý kiến đóng góp của Luật sư Trần Hữu Huỳnh tại Hội thảo, Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), các Bộ, cơ quan ngang Bộ và các cơ quan nhà nước khác cần “gương mẫu” trong việc sử dụng hòa giải thương mại. Cụ thể, cần có quy định yêu cầu các cơ quan nhà nước đưa thỏa thuận hòa giải vào trong các hợp đồng có tính chất thương mại mà cơ quan nhà nước là một bên và sử dụng hòa giải thương mại để giải quyết các tranh chấp có tính chất thương mại.

Điều 32. Hiệu lực thi hành

1. Nghị định này có hiệu lực thi hành kể từ ngày tháng.... năm ...
2. Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương chịu trách nhiệm thi hành Nghị định này.

Điều 33. Hướng dẫn thi hành

Trong phạm vi thẩm quyền của mình, Bộ Tư pháp chủ trì, phối hợp với các Bộ, ngành liên quan hướng dẫn thi hành Nghị định này./.

Nơi nhận:

- Ban Bí thư Trung ương Đảng;
- Thủ tướng, các Phó Thủ tướng Chính phủ;
- Các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ;
- VP BCĐ TW về phòng, chống tham nhũng;
- HĐND, UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc TW;
- Văn phòng TW và các Ban của Đảng;
- Văn phòng Chủ tịch nước;
- Hội đồng Dân tộc và các UB của Quốc hội;
- Văn phòng Quốc hội;
- Tòa án nhân dân tối cao;
- Viện Kiểm sát nhân dân tối cao;
- Kiểm toán Nhà nước;
- Ủy ban TW Mặt trận Tổ quốc Việt Nam;
- Cơ quan Trung ương của các đoàn thể;
- VPCP: BTCN, các PCN, các Vụ, Cục, đơn vị trực thuộc, Công báo;
- Lưu: Văn thư, PL (5b).

**TM. CHÍNH PHỦ
THỦ TƯỚNG**

Nguyễn Tấn Dũng