

## **ĐÓNG GÓP Ý KIẾN VỀ NGHỊ ĐỊNH HOÀ GIẢI THƯƠNG MẠI**

(Dự thảo ngày 11/07/2016)

Sau khi nghiên cứu Dự thảo mới nhất của Nghị định Hoà giải thương mại (Dự thảo ngày 11/07/2016) với các sửa đổi theo ý kiến của các thành viên của Chính phủ, chúng tôi có một số ý kiến đóng góp như sau:

1. Ngoài các thay đổi về mặt câu chữ và kỹ thuật trong vấn đề quản lý nhà nước đối với tổ chức cung cấp dịch vụ hoà giải thương mại, Dự thảo Nghị định đã bổ sung 02 điều khoản mới, đó là: Điều 22 về *Điều lệ của Trung tâm Hoà giải thương mại* và Điều 26 về *Phí dịch vụ hoà giải thương mại*. Đây là hai vấn đề ảnh hưởng cơ bản đến sự phát triển của thị trường hoà giải, cụ thể như sau:
  - *Thứ nhất*, Luật mẫu UNCITRAL về Hoà giải thương mại quốc tế (“*Luật mẫu UNCITRAL*”) và pháp luật về Hoà giải của các nước phát triển như Anh, Mỹ, Singapore hay Hongkong không hề có các quy định về những vấn đề này. Việc Việt Nam quy định các vấn đề này trong Nghị định Hoà giải thương mại sẽ khiến cho Nghị định xa rời với Luật mẫu UNCITRAL và do đó Việt Nam sẽ không được công nhận là “Model Law Country”, điều này sẽ ảnh hưởng rất lớn đến sự phát triển của hoà giải của Việt Nam. Rút kinh nghiệm từ việc Luật trọng tài thương mại cũng không được UNCITRAL công nhận là nội luật hoá Luật mẫu nên trọng tài Việt Nam chưa thu hút được sự quan tâm của cộng đồng doanh nghiệp cũng như luật sư quốc tế.
  - *Thứ hai*, Tổ chức cung cấp dịch vụ hoà giải, về bản chất cũng là một doanh nghiệp cung ứng dịch vụ giống như các công ty luật, do đó, tại các nước phát triển, các vấn đề liên quan đến thủ tục thành lập, hoạt động (bao gồm cả điều lệ) được quy định và thực hiện theo pháp luật doanh nghiệp. Vì vậy, việc quy định về Điều lệ của tổ chức cung cấp dịch vụ hoà giải trong Nghị định hoà giải thương mại theo mô hình của trung tâm trọng tài thương mại hiện nay là không thích hợp. Hơn nữa, theo Danh mục các ngành nghề kinh doanh có điều kiện (Phụ lục 4 Luật đầu tư năm 2014) không có ngành nghề cung cấp dịch vụ hoà giải giống như đối với lĩnh vực trọng tài. Do đó, việc quy định quá cụ thể và chi tiết về các vấn đề liên quan đến thủ tục thành lập hoạt động của các tổ chức cung cấp dịch vụ hoà giải có thể gặp phải ý kiến phản đối của các cá nhân, tổ chức muốn kinh doanh dịch vụ hoà giải, gây ảnh hưởng đến uy tín của Ban soạn thảo và Tổ biên tập Nghị định nhất là khi đang có trào lưu muốn thu hẹp các ngành nghề kinh doanh có điều kiện như hiện nay. Quan điểm của chúng tôi cho rằng vấn đề hình thức hoạt động, thủ tục thành lập, hoạt động và giải thể của trung tâm hòa giải nên áp dụng các quy định của luật doanh nghiệp vì trên thực tế chắc chắn cơ quan thuế cũng sẽ áp thuế thu nhập doanh

nghiệp đối với hoạt động của trung tâm hòa giải tương tự như các trung tâm trọng tài thương mại hiện nay.

- Thứ ba, như đã được phân tích ở trên, vấn đề về phí cung cấp dịch vụ hoà giải cũng không hề được quy định trong Luật mẫu UNCITRAL cũng như pháp luật về hoà giải của các nước phát triển (điển hình là Luật Hoà giải thống nhất của Hoa Kỳ hoặc Pháp lệnh về Hoà giải của Hongkong) mà sẽ do thị trường tự điều chỉnh. Đây là các vấn đề mà các trung tâm hoà giải thương mại và các hoà giải viên thương mại theo vụ việc (ad-hoc mediator) có thể tự ấn định. Việc quy định cụ thể về vấn đề này có thể được coi là can thiệp quá sâu vào sự điều tiết của thị trường và do đó vi phạm các Cam kết về mở cửa thị trường của Việt Nam khi gia nhập WTO về dịch vụ hòa giải tranh chấp giữa các thương nhân (Biểu cam kết dịch vụ của Việt Nam khi gia nhập WTO, phần dịch vụ liên quan đến tư vấn quản lý).<sup>1</sup> Theo quan điểm của chúng tôi thì Điều 26 nên đưa sửa đổi cho phù hợp hơn với tính chất thị trường của dịch vụ hòa giải thương mại như sau:

**Điều 26. Phí dịch vụ hòa giải thương mại**

1. Phí dịch vụ hòa giải thương mại là khoản thu từ việc cung cấp dịch vụ hỗ trợ giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại. Phí dịch vụ hòa giải thương mại **có thể** bao gồm:

- Thù lao hòa giải viên, chi phí đi lại, ăn ở của hòa giải viên;
- Phí hành chính;
- Phí chỉ định hòa giải viên thương mại theo yêu cầu của các bên tranh chấp;
- Phí sử dụng các dịch vụ khác do Trung tâm hòa giải thương mại cung cấp;

1

Phương thức cung cấp: (1) Cung cấp qua biên giới (2) Tiêu dùng ở nước ngoài (3) Hiện diện thương mại (4) Hiện diện của thể nhân		
Ngành và phân ngành	Hạn chế tiếp cận thị trường	Hạn chế đối xử quốc gia
(d) Dịch vụ liên quan đến tư vấn quản lý - CPC 866, trừ CPC 86602 - Dịch vụ trọng tài và hòa giải đối với tranh chấp thương mại giữa các thương nhân (CPC 86602**)	(1) Không hạn chế. (2) Không hạn chế. (3) Không hạn chế, ngoại trừ: Sau 3 năm kể từ khi gia nhập, cho phép thành lập chi nhánh Đối với dịch vụ CPC 866, trừ CPC 86602: trong vòng 1 năm kể từ ngày gia nhập, chỉ được phép hiện diện dưới hình thức liên doanh hay hợp đồng hợp tác kinh doanh. Sau đó: không hạn chế. Đối với dịch vụ trọng tài và hòa giải các tranh chấp thương mại giữa các thương nhân (CPC 86602**): Trong vòng 3 năm kể từ ngày gia nhập: chưa cam kết. Sau đó: không hạn chế. (4) Chưa cam kết, trừ các cam kết chung.	(1) Không hạn chế (2) Không hạn chế (3) Không hạn chế, ngoại trừ trường chi nhánh phải là người thường trú tại Việt Nam. (4) Chưa cam kết, trừ các cam kết chung.

2. *Phí dịch vụ hòa giải thương mại do Trung tâm hòa giải thương mại ấn định theo biểu phí được công bố công khai. Trường hợp tranh chấp được hòa giải viên thương mại vụ việc tham gia hòa giải thì việc xác định phí cung cấp dịch vụ hòa giải sẽ do thỏa thuận giữa hòa giải viên thương mại vụ việc với các bên tranh chấp.*

3. *Phí dịch vụ hòa giải do các bên tranh chấp chi trả ngang nhau, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.”*

Từ các lí do này, chúng tôi cho rằng Điều 22 và Điều 26 của Nghị định mới được thêm vào là không hoàn toàn phù hợp với bản chất của hoạt động hòa giải và có thể ảnh hưởng đến sự phát triển của thị trường hoà giải ở Việt Nam nên cần được sửa đổi cho thích hợp hơn.

2. Ngoài các điều khoản mới như đã phân tích ở trên, Nghị định đã có một sửa đổi cơ bản liên quan đến “hình thức hành nghề của hoà giải viên” được quy định tại Điều 7 và Điều 8 của Dự thảo. Về vấn đề này, chúng tôi xin lưu ý một số điểm như sau:

- Hoà giải viên ở Việt Nam hiện nay chưa thể được coi là một nghề nghiệp và do đó không thể có “hình thức hành nghề”. Hoà giải viên, cũng như trọng tài viên chưa phải là nghề nghiệp giống như luật sư hay công chứng viên, v.v... Bản thân Dự thảo Nghị định cũng quy định rằng tất cả những người đáp ứng được tiêu chuẩn tại Điều 7 của Nghị định đều có thể làm hoà giải viên và do đó không thể quy định về “hình thức hành nghề” của hoà giải viên.
- Hình thức của hoà giải (forms of mediation) có thể được phân biệt giữa hoà giải quy chế (institutional mediation) và hoà giải vụ việc (ad-hoc mediation) nhưng hoà giải viên dù hoạt động tại một trung tâm hoà giải hay hoạt động độc lập theo vụ việc thì cũng không có gì khác biệt về quyền và nghĩa vụ. Do đó, chúng tôi cho rằng không nên phân biệt “hình thức hành nghề” của hoà giải viên. Hơn nữa, theo như quy định tại Điều 7(4) của Nghị định<sup>2</sup> thì hoà giải viên chỉ có thể hoạt động theo một trong hai hình thức hoà giải viên quy chế hoặc hoà giải viên theo vụ việc. Tuy nhiên, thực tế từ kinh nghiệm của trọng tài thương mại cho thấy, một người có thể vừa có tên trong danh sách hoà giải viên/trọng tài viên của một hoặc nhiều tổ chức hoà giải/trọng tài nhưng cũng có thể trong vụ việc khác hoạt động với tư cách là hoà giải viên/trọng tài viên theo vụ việc. Điều này cũng hoàn toàn phù hợp với thông lệ thế giới.
- Việc yêu cầu hoà giải viên phải đăng ký “hành nghề” tại một trung tâm hoà giải thương mại hoặc đăng ký với Sở Tư pháp có thể coi như một hình thức đăng ký kinh doanh của hoà giải viên. Như đã phân tích ở trên, điều này hoàn toàn không phù hợp và sai với bản chất của việc giải quyết tranh chấp bằng hoà giải. Hơn nữa, như đã đóng góp ý kiến nhiều lần, việc yêu cầu hoà giải viên phải đăng ký với Sở Tư pháp nơi người đó thường

---

<sup>2</sup> Điều 7. Tiêu chuẩn hoà giải viên thương mại và hình thức hành nghề của hoà giải viên thương mại

4. Hoà giải viên thương mại hành nghề theo các hình thức dưới đây:

- a) Hành nghề với tư cách cá nhân;
- b) Hành nghề trong tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại.

trú được coi là một rào cản kỹ thuật ngăn cản việc hoà giải viên vụ việc người nước ngoài hoạt động tại Việt Nam. Điều này cũng khiến cho quy định khuyến khích các nhà đầu tư nước ngoài khi có tranh chấp với chính phủ Việt Nam nên giải quyết thông qua biện pháp thương lượng và hòa giải trước khi đưa vụ việc ra cơ quan tài phán khác như Tòa án hay Trọng tài sẽ không còn phát huy tác dụng. Đây là một sự “đóng cửa thị trường”, ngăn cản sự phát triển của hoà giải vụ việc tại Việt Nam. Hơn nữa, điều này cũng vi phạm cam kết về mở cửa thị trường của Việt Nam như đã đề cập ở trên.

- Chúng tôi hiểu rằng Ban soạn thảo và Tổ biên tập Nghị định Hoà giải cũng như các thành viên của Chính phủ rất quan tâm đến chất lượng của dịch vụ hoà giải bởi đây là một hình thức giải quyết tranh chấp ngoài toà án. Tuy nhiên, việc quản lý bằng cách hạn chế hoạt động của hoà giải viên là không hợp lý và còn ảnh hưởng đến thị trường hoà giải của Việt Nam. Ngoài việc yêu cầu chặt chẽ trong việc đăng ký hoạt động, Chính phủ vẫn có thể quản lý chất lượng của việc hoà giải bằng những cách khác như: ban hành Quy tắc đạo đức bắt buộc của Hoà giải viên hay quy định rõ về quyền và nghĩa vụ của Hoà giải viên trong Nghị định. Hơn nữa, kết quả hoà giải thành là sự tự do thỏa thuận của các bên tranh chấp chứ không phải là hoà giải viên có quyền áp đặt giống như đối với Trọng tài và trước khi được công nhận và có giá trị pháp lý ràng buộc với các bên còn phải qua sự thẩm định của Toà án. Ngay cả trọng tài viên, người đưa ra phán quyết có giá trị ràng buộc với các bên, cũng không phải đăng ký hoạt động, vì vậy, việc đòi hỏi hoà giải viên phải đăng ký hoạt động là không hợp lý và hoàn toàn xa rời với thực tiễn pháp luật quốc tế.

3. Từ các phân tích trên, chúng tôi có các khuyến nghị như sau:

- Chỉ cần phân biệt các hình thức hoà giải: cụ thể là hoà giải quy chế và hoà giải theo vụ việc, không cần thiết phải phân biệt hình thức hoạt động/hành nghề của hoà giải viên.
- Khái niệm “ad hoc mediator” có thể được sử dụng thống nhất trong toàn bộ Nghị định là “hoà giải viên theo vụ việc”. Đây là cách dịch gần nhất với khái niệm quốc tế và cũng tương tự như khái niệm “ad-hoc arbitrator” tức “trọng tài viên vụ việc” đã quen thuộc trong Luật trọng tài thương mại 2010.

Chúng tôi rất mong Tổ biên tập và Ban soạn thảo sẽ cân nhắc các ý kiến trên đây trước khi trình Chính phủ dự thảo được sửa đổi để thông qua trong thời gian tới.

Trân trọng,

**Luật sư Nguyễn Mạnh Dũng/Đặng Vũ Minh Hà**

