

**ĐÓNG GÓP Ý KIẾN CHO
NGHỊ ĐỊNH HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI
(DỰ THẢO NGÀY 04/03/2015)**

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

I. Nhận xét chung

Nhìn chung, Dự thảo ngày 04/03/2015 (“**Dự thảo**”) đã có những sửa đổi rất tiên bộ, phản ánh được tinh thần của luật Mẫu của UNCITRAL về Hòa giải thương mại quốc tế (“**Luật mẫu**”), thể hiện được những nguyên tắc cơ bản của Luật mẫu về Hòa giải thương mại, cụ thể ở một số điểm sau đây:

- ✓ Tiêu chuẩn của Hòa giải viên và tiêu chí lựa chọn hòa giải viên
- ✓ Cơ chế chỉ định hòa giải viên
- ✓ Bản chất của thỏa thuận hòa giải thành và việc lập thỏa thuận hòa giải thành
- ✓ Hiệu lực của thỏa thuận hòa giải thành

Tuy nhiên, nhằm hoàn thiện hơn Dự thảo của Nghị định, góp phần khuyến khích và thúc đẩy sự phát triển của hòa giải thương mại, đưa hòa giải thương mại thành một phương thức giải quyết tranh chấp hiệu quả bên cạnh Tòa án và Trọng tài, chúng tôi xin đóng góp thêm một số kiến nghị như sau:

1. Vấn đề tiêu chuẩn Hòa giải viên

Chúng tôi ủng hộ quy định về tiêu chuẩn Hòa giải viên như trong Điều 7 và Điều 8 của Dự thảo ngày 04/03/2015. Như đã phân tích trong các bản đóng góp ý kiến về các Dự thảo ngày 17/09/2014 và 21/10/2014, chúng tôi bảo lưu ý kiến rằng Hòa giải viên không phải người đứng ra xét xử vụ tranh chấp mà chỉ là một người trung gian giúp cho các bên đạt được thỏa thuận để giải quyết tranh chấp.

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 sĩ Luật thương mại quốc tế, ĐH Leicester (Anh). Thông tin chi tiết có thể xem tại: <http://dzungsrt.com/our-people/>

Do đó, các tiêu chuẩn về bằng đại học hay kinh nghiệm làm việc trong lĩnh vực liên quan là không cần thiết. Những quy định quá “cứng” về tiêu chuẩn hòa giải viên, vô hình trung sẽ hạn chế quyền tự định đoạt của các bên – một trong những nguyên tắc cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải. Do đó, các quy định “thoáng” và “mở” như trong Dự thảo hiện tại là hợp lý.

Tuy nhiên, chúng tôi cũng hiểu rằng do Hòa giải là một phương thức giải quyết tranh chấp còn khá mới mẻ tại Việt Nam, các nhà làm luật muốn đảm bảo chất lượng của hòa giải viên cũng như việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải nên muốn đặt ra yêu cầu về trình độ đại học cũng như kinh nghiệm liên quan của các Hòa giải viên. Để cân bằng được nguyên tắc tự định đoạt của các bên và chất lượng của hòa giải thương mại, chúng tôi cho rằng có thể thêm quy định “mềm” tại Điều 10 cho phép các tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải quy định thêm các tiêu chuẩn lựa chọn hòa giải viên của tổ chức mình, miễn là đảm bảo các điều kiện “cứng” trong Nghị định. Điều này vừa không ảnh hưởng đến quyền tự định đoạt của các bên (vì các bên vẫn có thể trực tiếp lựa chọn hòa giải viên không nằm trong danh sách hòa giải viên của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải) vừa đảm bảo chất lượng hòa giải của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nói riêng và của hòa giải thương mại tại Việt Nam nói chung.

2. Vấn đề hiệu lực của Thỏa thuận hòa giải thành

Trước hết, chúng tôi ủng hộ quy định tại điều 25 Dự thảo về việc thỏa thuận hòa giải thành có giá trị như một hợp đồng mới thay thế các điều khoản có liên quan của hợp đồng cũ. Tuy nhiên, Nghị định chỉ quy định việc Tòa án công nhận thỏa thuận hòa giải thành, việc giải quyết các vấn đề khác phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành này vẫn chưa thực sự triệt để. Chúng tôi xin được phân tích cụ thể các vấn đề này như sau:

a. Công nhận thỏa thuận hòa giải thành

Cần phải nhấn mạnh rằng bản chất của thỏa thuận hòa giải thành là một hợp đồng. Việc công nhận một thỏa thuận có tính chất pháp lý như vậy thực tế là không hợp lý.

- ✓ Thứ nhất, việc công nhận thỏa thuận hòa giải thành nhằm mục đích để thỏa thuận hòa giải có thể thi hành được. Nếu như các bên tự nguyện thi hành thỏa thuận hòa giải thành thì việc công nhận này không còn cần thiết và không còn ý nghĩa về mặt thực tiễn nữa.
- ✓ Thứ hai, theo Điều 388 (3)² Dự thảo sửa đổi Bộ luật tố tụng dân sự ngày 09/01/2015, thỏa thuận hòa giải thành chỉ được công nhận khi các bên không có tranh chấp sau khi có thỏa thuận. Như vậy, chỉ cần một bên không thiện chí, không giữ nguyên ý định trong thỏa thuận hòa giải thành nữa thì thỏa thuận đó cũng không được Tòa án công nhận.

Tóm lại, việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải là phương án giải quyết tranh chấp win-win tức là cả hai bên cùng là người thắng. Việc thi hành thỏa thuận hòa giải thành cũng là do sự tự nguyện của các bên. Do đó, việc công nhận thỏa thuận hòa giải thành ở Tòa án như dự thảo hiện nay không mang ý nghĩa thực tế bởi nó không phục vụ được cho mục đích thi hành. Do đó, thay vì việc công nhận thỏa thuận hòa giải thành, có thể xem xét đến việc: nếu sau khi kí thỏa thuận hòa giải thành, một bên thay đổi ý kiến và lại đem tranh chấp ra giải quyết bằng phương thức khác thì giải quyết thế nào?

b. Giải quyết tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành

Do nguyên tắc cơ bản của hòa giải là sự tự định đoạt của các bên nên ngay cả khi thỏa thuận hòa giải đã đạt được mà một bên không muốn thực hiện thì cũng có thể coi như việc hòa giải đã thất bại và việc phải giải quyết tranh chấp

² Điều 388. Điều kiện công nhận quyết định hòa giải ngoài Tòa án

1. Người tham gia thỏa thuận hòa giải có đầy đủ năng lực hành vi dân sự.
2. Người tham gia hòa giải là người có quyền và nghĩa vụ đối với nội dung hòa giải.
3. Các bên hoàn toàn tự nguyện, không có tranh chấp sau khi có kết quả hòa giải.
4. Nội dung hòa giải không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội, không nhằm trốn tránh nghĩa vụ.

bằng phương thức khác là điều không thể tránh khỏi. Do Điều 25 của Dự thảo đã quy định rằng thỏa thuận hòa giải thành có giá trị như một hợp đồng mới thay thế hợp đồng cũ về các điều khoản có liên quan, việc giải quyết tranh chấp sẽ phải dựa trên thỏa thuận mới này chứ không dựa trên hợp đồng cũ nữa. Chúng tôi cho rằng điều này cần được quy định cụ thể trong Nghị định để việc giải quyết tranh chấp dễ dàng hơn và tiết kiệm thời gian hơn.

Tranh chấp phát sinh có thể giải quyết bằng Tòa án hoặc Trọng tài. Tuy nhiên, như đã được phân tích trong Bản ý kiến góp ý về Dự thảo ngày 21/10/2014, chúng tôi đề xuất rằng việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành nên được giải quyết bằng thủ tục rút gọn dù bằng Phương thức tranh tụng tại Tòa án hay Trọng tài. Chúng tôi xin đưa ra thêm một số thông tin về thủ tục này để Tổ biên tập và Ban Soạn thảo Nghị định tiện tham khảo.

(1) Thủ tục rút gọn tại Tòa án:

Thủ tục rút gọn là thủ tục xét xử nhằm rút ngắn thời gian và đơn giản các thủ tục nhưng vẫn đảm bảo đúng pháp luật (Điều 348 Dự thảo Sửa đổi BLTTDS ngày 09/01/2015³). Thủ tục này là khá quen thuộc trên thế giới nhưng mới được đưa vào dự thảo gần đây vì mới được cho phép tại Điều 103 Hiến pháp 2013. Dự thảo Sửa đổi BLTTDS ngày 09/01/2015 đã quy định một phần mới về thủ tục rút gọn tại Phần thứ năm (Điều 348 đến Điều 353). Điều 349 của Dự thảo quy định:

1. Tòa án áp dụng thủ tục rút gọn để giải quyết các vụ án dân sự khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Tài sản tranh chấp có giá trị dưới 200.000.000 đồng (hai trăm triệu đồng);

³ **Điều 348. Phạm vi áp dụng**

1. Thủ tục rút gọn trong tố tụng dân sự là thủ tục giải quyết vụ án dân sự khi có những điều kiện theo quy định của Bộ luật này nhằm rút ngắn về thời gian và thủ tục so với thủ tục giải quyết các vụ án dân sự thông thường nhưng vẫn bảo đảm giải quyết vụ án đúng pháp luật.

b) Tài liệu, chứng cứ rõ ràng, đủ cơ sở để giải quyết vụ án (không phải thu thập tài liệu, chứng cứ);

c) Các đương sự đều có nơi cư trú rõ ràng và không có yếu tố nước ngoài;

d) Nguyên đơn đề nghị áp dụng thủ tục rút gọn.

2. Trường hợp có điều kiện quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều này mà các đương sự yêu cầu áp dụng thủ tục rút gọn thì vụ án được giải quyết theo thủ tục rút gọn.

Theo Điều này, các tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành, nếu các bên đều yêu cầu áp dụng thủ tục rút gọn thì có thể được giải quyết bằng thủ tục rút gọn. Tuy nhiên, chúng tôi đề xuất rằng, điều này cần được quy định cụ thể trong Nghị định để tạo điều kiện cho sự phát triển của Hòa giải thương mại.

(2) Thủ tục rút gọn tại Trọng tài

Thủ tục rút gọn trong tố tụng trọng tài được rất nhiều trung tâm trọng tài trên thế giới sử dụng nhằm giải quyết vụ việc một cách nhanh chóng, tiết kiệm thời gian và chi phí cho các bên. Rất nhiều trung tâm trọng tài nổi tiếng trên thế giới đều quy định thủ tục rút gọn trong Bộ quy tắc trọng tài của mình (SIAC, AAA, LCIA, v.v...). Các quy định này nhìn chung đều rút ngắn thời gian và các thủ tục chỉ định trọng tài viên, thành lập hội đồng trọng tài, xem xét vụ việc và ban hành phán quyết nhằm tạo điều kiện cho tranh chấp được giải quyết một cách nhanh nhất.

Tuy nhiên, đây là một thủ tục khá mới ở Việt Nam và chưa được quy định trong Luật Trọng tài thương mại 2010 (“**Luật TTTM**”) cũng như trong Quy tắc trọng tài của bất cứ trung tâm nào. Mặc dù điều này đòi hỏi cần phải sửa đổi Luật TTTM sau này cũng như Quy tắc tố tụng của các trung tâm tố tụng trọng tài hiện nay nhưng chúng tôi khuyến nghị cũng cần được quy định trước trong Nghị định rằng việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành, nếu đệ trình ra trọng tài sẽ được giải quyết bằng thủ tục rút gọn.

3. Một số vấn đề khác

Ngoài hai vấn đề cần xin ý kiến như trong Tờ trình về Dự thảo Nghị định về Hòa giải thương mại như trên, chúng tôi xin nêu ý kiến về một số vấn đề khác như sau:

a. Vấn đề Hòa giải viên hoạt động độc lập và hòa giải vụ việc (ad-hoc mediation)

Mặc dù việc hòa giải vụ việc và vấn đề Hòa giải viên hoạt động độc lập đã được quy định ngay từ đầu trong Dự thảo ngày 17/9/2014 và Dự thảo ngày 21/10/2014 tuy nhiên Dự thảo mới đây thì vấn đề này đã không còn được đề cập đến nữa. Chúng tôi cho rằng đây là một thiếu sót rất lớn vì không công nhận hình thức hòa giải theo vụ việc vốn là hình thức hoạt động hòa giải phổ biến và hiệu quả nhất ở các quốc gia phát triển. Mặc dù hòa giải theo vụ việc (*ad hoc mediation*) không cần thiết phải bị ràng buộc nặng về các thủ tục, các bên có toàn quyền tự quyết định về các thủ tục hòa giải mà mình muốn, tuy nhiên, trong Nghị định cũng nên có điều khoản ghi nhận hình thức hòa giải theo vụ việc để tạo điều kiện cho hình thức này phát triển. Thực tế hòa giải theo vụ việc có thể tiết kiệm hơn chi phí cho các bên, thủ tục linh hoạt và do đó việc giải quyết tranh chấp có thể nhanh hơn. Dự thảo Hòa giải cần ghi nhận cả hình thức hòa giải tại tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại (*institutional mediation*) và hòa giải theo vụ việc (*ad-hoc mediation*).

Để tạo điều kiện cho hòa giải theo vụ việc thì cần phải có cả quy định về hòa giải viên hoạt động độc lập. Mặc dù Điều 21(1) của Dự thảo cho phép các bên lựa chọn hòa giải viên hoạt động độc lập nhưng trong Nghị định không có điều khoản nào khác quy định cụ thể hơn về hình thức hoạt động của hòa giải viên theo vụ việc. Do đó, chúng tôi khuyến nghị có quy định ghi nhận về hòa giải viên hoạt động độc lập như tại Dự thảo ngày 17/9/2014 và Dự thảo ngày 21/10/2014.

b. Mối quan hệ giữa hòa giải thương mại và các phương thức giải quyết tranh chấp khác (Tòa án và Trọng tài)

Điều 27 của Dự thảo ngày 17/09/2014 và Điều 26 của Dự thảo ngày 21/10/2014⁴ quy định về Mối liên hệ giữa hòa giải thương mại với tố tụng trọng tài và tố tụng tòa án là một điều khoản rất tiên bộ có thể giải quyết được vấn đề cách tính thời hiệu để giải quyết tranh chấp bằng Tòa án hoặc trọng tài, một vấn đề mà Luật TTTM chưa giải quyết được. Tuy nhiên, điều khoản này đã bị lược bỏ trong Dự thảo mới đây.

Chúng tôi khuyến nghị cần phải khôi phục lại điều khoản này và sửa đổi cho hợp lý theo Nhận xét số 19 tại Bản đóng góp ý kiến cho Dự thảo ngày 21/10/2014 của chúng tôi trước đây. Đó là cần quy định cụ thể rằng: *“nếu các bên đã có thỏa thuận hòa giải và cam kết 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”* (Điều 13 Luật mẫu UNCITRAL). Đây là một điều khoản vô cùng quan trọng bởi thực tế hiện nay cho thấy rất nhiều các điều khoản trọng tài thường quy định việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải trước, nếu thất bại thì mới giải quyết bằng trọng tài (multi-tiers clause), vì vậy, việc quy định mối quan hệ giữa hòa giải với trọng tài cũng như hòa giải với tòa án sẽ tạo điều kiện thực hiện các điều khoản này một cách dễ dàng và thuận lợi hơn. Một mô hình mới đang phát triển ở khu vực là việc kết hợp Trọng tài – Hòa giải – Trọng tài (Arb-Med-Arb), đây là phương thức giải quyết tranh chấp kết hợp cả trọng tài và hòa giải đang được sử dụng bởi Trung tâm Trọng tài quốc tế Singapore (SIAC) phối hợp cùng Trung tâm Hòa giải quốc tế Singapore (SIMC) theo Nghị định thư AMA⁵. Theo

⁴ **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.

⁵ Toàn văn Nghị định thư này có thể được truy cập tại đây <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/>

phương thức này thì các bên sẽ thỏa thuận giải quyết tranh chấp bằng thỏa thuận Trọng tài – Hòa giải – Trọng tài và đệ trình tranh chấp ra Trọng tài tại một trung tâm trọng tài. Sau đó, tranh chấp sẽ được hòa giải bởi một Hòa giải viên (không nằm trong hội đồng trọng tài) tại trung tâm hòa giải và nếu hòa giải thành công thì thỏa thuận hòa giải thành sẽ được công nhận như một phán quyết trọng tài. Nếu không thành công, tranh chấp sẽ được tiếp tục giải quyết bằng trọng tài. Nghị định cũng có thể ghi nhận hình thức này nhằm tạo nên sự phối hợp hài hòa giữa trọng tài và hòa giải đồng thời tăng cường giá trị thi hành của thỏa thuận hòa giải thành. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng hình thức này không giống như việc hòa giải trong tố tụng trọng tài như được quy định tại Điều 58 của Luật TTTM bởi Hội đồng trọng tài không phải người tiến hành hòa giải.

Ngoài ra, cũng liên quan đến mối quan hệ giữa hòa giải và tố tụng tòa án và trọng tài, chúng tôi khuyến nghị thêm một điều khoản về việc sử dụng chứng cứ thu được từ thủ tục hòa giải vào trọng tài hoặc tòa án. Thực tế cho thấy, khi việc hòa giải thất bại, không ai muốn những gì mình đã đưa ra trong phiên hòa giải trở thành bằng chứng chống lại chính mình. Nếu các bên lo sợ rằng những điều mình nói ra hoặc cung cấp trong thủ tục hòa giải có thể gây bất lợi cho mình sau này nếu hòa giải không thành thì họ sẽ không thoải mái và cởi mở khi tiến hành hòa giải và như thế thì kết quả của việc hòa giải khó có thể đạt được. Do đó, cần phải có quy định hạn chế việc cung cấp hay viện dẫn chứng cứ đã được cung cấp trong quá trình hòa giải làm chứng cứ trong tố tụng trọng tài hoặc tòa án, trừ khi được các bên cho phép. Để quy định cụ thể hơn về điều này, chúng tôi đề xuất nên tiếp thu trực tiếp Điều 10 của Luật mẫu⁶ vì điều khoản này quy định rất đầy đủ và chi tiết về vấn đề này.

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;

c. Giá trị pháp lý của Văn bản (i) thỏa thuận hòa giải và (ii) thỏa thuận hòa giải thành được lập trong quá trình hòa giải được tiến hành bởi văn phòng đại diện hay chi nhánh của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nước ngoài ở Việt Nam?

Một trong những điểm mới của Dự thảo ngày 04/03/2015 là việc quy định về văn phòng đại diện và/hoặc chi nhánh của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nước ngoài tại Việt Nam. Đây được coi là một phần tiếp thu các quy định tương tự trong Luật TTTM. Tuy nhiên, đã đặt ra vấn đề chi nhánh, văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải nước ngoài thì cũng cần phải quan tâm đến vấn đề thỏa thuận hòa giải cũng như thỏa thuận hòa giải thành được lập trong quá trình hòa giải tiến hành bởi văn phòng đại diện hoặc chi nhánh này sẽ có giá trị pháp lý như thế nào? Liệu nó có được coi là một thỏa thuận hòa giải và thỏa thuận hòa giải thành được lập tại Việt Nam, được điều chỉnh bởi Nghị định này hay vẫn được coi là văn bản nước ngoài? Sở dĩ vấn đề này được đặt ra bởi, như đã được phân tích trong bản đóng góp ý kiến cho Dự thảo ngày 21/10/2014, 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. Khi đó vấn đề “quốc tịch” của thỏa thuận hòa giải thành sẽ được đặt ra. Nếu thỏa thuận hòa giải thành được lập trong quá trình hòa giải do chi nhánh hoặc văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải nước ngoài vẫn được coi là thỏa thuận hòa giải thành của nước ngoài và vẫn

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.

phải công nhận để được thi hành tại Việt Nam thì điều này sẽ không thể thu hút được các tổ chức hòa giải nước ngoài đặt chi nhánh và văn phòng đại diện tại Việt Nam. Vì các lí do trên, chúng tôi đề xuất rằng Nghị định có thể thêm một điều khoản về giá trị pháp lý của Văn bản (i) thỏa thuận hòa giải và (ii) thỏa thuận hòa giải thành được lập trong quá trình hòa giải được tiến hành bởi văn phòng đại diện hay chi nhánh của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải nước ngoài ở Việt Nam, coi các văn bản này như được các văn bản tương tự được lập khi tiến hành hòa giải tại các tổ chức hòa giải trong nước để tạo điều kiện cho việc thi hành thỏa thuận hòa giải thành, tránh các thủ tục phức tạp về sau.

II. Nhận xét chi tiết về các điều khoản

Như đã trình bày ở trên, các điều khoản của Dự thảo Nghị định nhìn chung đã tiếp thu được tinh thần của Luật mẫu cũng như phù hợp với tình hình thực tế của Việt Nam, trừ những điểm đã được phân tích như trên. Do đó, trong phần nhận xét chi tiết, chúng tôi sẽ chỉ nêu lên một số thiếu sót nhỏ nhằm hoàn thiện hơn Nghị định.

CHÍNH PHỦ

CỘNG HÒA XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

Độc lập - Tự do - Hạnh phúc

Số: /2015/NĐ-CP

Hà Nội, ngày tháng năm 2015

*Dự thảo ngày
04/3/2015*

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 thương mại, điều kiện thành lập và hoạt động của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại, trình tự, thủ tục tiến hành hòa giải, quản lý nhà nước về tổ chức, hoạt động hòa giải thương mại.

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 cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại, hòa giải viên thương mại, 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.
2. Tranh chấp giữa các bên trong đó ít nhất một bên có hoạt động thương mại.
3. Tranh chấp khác giữa các bên mà pháp luật quy định được giải quyết bằng hòa giải thương mại.

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 thương mại 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. *Hòa giải viên thương mại* là người được các bên lựa chọn hoặc được tổ chức hòa giải thương mại hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giới thiệu theo yêu cầu của các bên tranh chấp để tiến hành hòa giải theo quy định của Nghị định này.

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

Nhận xét 1:

- *Khoản 1:* Như đã phân tích ở phần 3(a) phía trên, chúng tôi cho rằng có thể thêm giải thích về các hình thức hòa giải thương mại là hòa giải thương mại tại tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại và hòa giải thương mại vụ việc tại điều khoản này.

- *Khoản 3:* Tương tự, có thể thêm giải thích rằng: Hòa giải viên thương mại có thể hoạt động dưới hình thức Hòa giải viên của tổ chức hòa giải thương mại hoặc Hòa giải viên hoạt động độc lập hoặc cả hai hình thức trên như trong Điều 10 của Dự thảo Nghị định ngày 21/10/2014.

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

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

2. Hòa giải viên thương mại 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 thương mại 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 thoả 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 và các tranh chấp khác mà pháp luật quy định giải quyết bằng hòa giải thương mại.

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

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

Nhận xét 2:

Trọng tài viên, vì nghĩa vụ phải độc lập và khách quan của mình, không có nghĩa vụ và cũng không được quyền tư vấn cho các bên, trọng tài viên chỉ có thể khuyến khích các bên sử dụng hòa giải.

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

Tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải nếu các bên có thoả thuận hòa giải. Các bên có thể thoả thuận giải quyết tranh chấp bằng hòa giải trước, sau khi xảy ra tranh chấp hoặc tại bất cứ thời điểm nào của tranh chấp.

Chương II HÒA GIẢI VIÊN THƯƠNG MẠI

Điều 7. Tiêu chuẩn của hòa giải viên thương mại

Người được làm hòa giải viên thương mại là người có phẩm chất đạo đức tốt, có uy tín, hiểu biết pháp luật, tập quán kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực liên quan.

Điều 8. Người không được làm hòa giải viên thương mại

Người đang 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; người đang bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc; người mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự không được làm hòa giải viên thương mại.

Điều 9. Lựa chọn hòa giải viên thương mại

Các tổ chức cung cấp **dịch vụ** hòa giải thương mại lựa chọn, lập danh sách hòa giải viên thương mại và công bố danh sách hòa giải viên thương mại trên trang thông tin điện tử của tổ chức mình.

Điều 10. Quyền, nghĩa vụ của hòa giải viên thương mại

1. Hoạt động độc lập; tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên.

2. Tuân thủ pháp luật, quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của hòa giải viên thương mại.

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 thương mại không được đồng thời đảm nhiệm vai trò đại diện hay tư vấn cho một trong các bên, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác.

6. Hòa giải viên thương mại 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.

7. Các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

Nhận xét 3:

Chúng tôi bảo lưu ý kiến của mình trong bản góp ý dự thảo ngày 21/10/2014 rằng điều khoản này nên chuyển thành những quy định về xung đột lợi ích hay quy tắc đạo đức của Hòa giải viên. Bởi quy định như hiện tại thì vừa thiếu lại vừa thừa. Do đó, chúng tôi vẫn khuyến nghị rằng nên bỏ điều khoản này và thay vào đó là ban hành Bộ quy tắc ứng xử của Hòa giải viên kèm theo Nghị định này. Xin xem thêm **Nhận xét 6** tại Bản góp ý dự thảo ngày 21/10/2014.

Chương III

TỔ CHỨC CUNG CẤP DỊCH VỤ HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI

Điều 11. Tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại

Tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại bao gồm:

1. Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập và hoạt động theo quy định tại Nghị định này.

2. Trung tâm trọng tài thương mại được thành lập và hoạt động theo pháp luật về trọng tài thương mại có đăng ký cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại theo quy định tại Điều 15 của Nghị định này.

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 **doanh nghiệp**.

3. Cơ cấu, bộ máy tổ chức của Trung tâm hòa giải thương mại do điều lệ của Trung tâm quy định. Chủ tịch Trung tâm hòa giải thương mại là hòa giải viên thương mại.

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.

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 03 (ba) sáng lập viên là công dân Việt Nam có đủ tiêu chuẩn là hòa giải viên thương mại 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 10 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. Thủ tục đăng ký cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại của Trung tâm trọng tài thương mại

Trung tâm trọng tài thương mại muốn cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại gửi hồ sơ đăng ký cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại cho Sở Tư pháp nơi đã đăng ký hoạt động trọng tài thương mại. Hồ sơ đề nghị đăng ký gồm:

a) Đơn đề nghị đăng ký cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại;

b) Dự thảo Quy tắc hòa giải thương mại của Trung tâm;

c) Danh sách hòa giải viên thương mại của Trung tâm và các giấy tờ kèm theo chứng minh những người này có đủ điều kiện quy định tại Điều 7 Nghị định này.

Trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ, Sở Tư pháp ra Quyết định bổ sung chức năng cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại cho Trung tâm trọng tài thương mại; trường hợp từ chối phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do.

Nhận xét 4:

Điều 7 của Dự thảo quy định: “Người được làm hòa giải viên thương mại là người có phẩm chất đạo đức tốt, có uy tín, hiểu biết pháp luật, tập quán kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực liên quan”. Những tiêu chuẩn như “có uy tín, hiểu biết pháp luật, tập quán kinh doanh, thương mại và các lĩnh vực liên quan” thường rất khó để chứng minh. Do đó, chúng tôi cho rằng Nghị định cần quy định cụ thể các giấy tờ cần phải nộp kèm theo (chẳng hạn như CV, Lý lịch tư pháp v,v...) để hạn chế việc phức tạp hóa các thủ tục xin cấp phép (ví dụ như trường hợp đã nộp giấy tờ nhưng vẫn không đủ và phải nộp đi nộp lại nhiều lần).

Điều 16. Quyền, nghĩa vụ của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại

1. Xây dựng tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại và quy trình xét chọn, lập danh sách, xóa tên hòa giải viên thương mại trong danh sách hòa giải viên thương mại của tổ chức mình.

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

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

4. Chỉ định hòa giải viên thương mại 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 thu hợp pháp khác có liên quan đến hoạt động hòa giải.

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

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

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

10. Báo cáo Sở Tư pháp nơi đăng ký hoạt động về hoạt động của tổ chức hòa giải thương mại theo định kỳ hàng năm và khi có yêu cầu.

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.

12. Các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

Nhận xét 5:

Việc công bố danh sách Hòa giải viên trên trang thông tin điện tử chỉ được thực hiện đối với Hòa giải viên đã đăng ký thuộc các tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải. Việc công bố này chỉ nhằm mục đích quảng bá nhằm phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải chứ không có giá trị công nhận hòa giải viên. Nhưng hòa giải viên hoạt động độc lập, không có tên trong danh sách hòa giải viên của một tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải cụ thể nào thì vẫn có tư cách hòa giải viên. Chúng tôi khuyến nghị thêm cụm từ “đã đăng ký” để làm rõ điều này, tránh gây hiểu lầm rằng hòa giải viên không có tên trên trang thông tin điện tử của Bộ tư pháp thì không có tư cách hòa giải viên.

Điều 17. 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 theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính.

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.

Điều 18. Chấm dứt hoạt động của tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải thương mại

1. 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 17 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 phải thanh toán xong các khoản nợ, nghĩa vụ tài chính khác, thanh lý các hợp đồng, hoàn tất các vụ việc đã nhận, trừ trường hợp có thỏa thuận 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.

2. 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.

Chương IV

TRÌNH TỰ, THỦ TỤC HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI

Điều 19. 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 lời nói **hoặc bằng hành vi cụ thể.**

Nhận xét 6

Theo Điều 1 khoản 8 của Luật mẫu: “*Trừ trường hợp quy định tại khoản 9 của Điều này, Luật này được áp dụng không phân biệt căn cứ tiến hành hòa giải là gì*”. Điều này có nghĩa là căn cứ tiến hành hòa giải không nhất thiết được lập bằng văn bản hay lời nói mà có thể được xác lập bằng hành vi cụ thể (chẳng hạn như việc hai bên cùng thiện chí tiến hành hòa giải thì không cần thiết phải xác lập thỏa thuận bằng văn bản hay lời nói nữa). Vì vậy chúng tôi khuyến nghị thêm điều này vào khoản 2 của điều này như trên.

Điều 20. Quyền, nghĩa vụ của các bên tranh chấp trong quá trình hòa giải

1. Lựa chọn trình tự thủ tục hòa giải, hòa giải viên thương mại, 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. Trình bày đúng sự thật, các tình tiết của tranh chấp, cung cấp thông tin, tài liệu có liên quan đến vụ tranh chấp theo đề nghị của hòa giải viên thương mại.
6. Tôn trọng hòa giải viên thương mại và các bên có liên quan.
7. *Các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.*

Nhận xét 7:

Chúng tôi vẫn cho rằng quy định “cứng” về quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia hòa giải như thế này là vừa thiếu và vừa thừa. Bởi lẽ, theo nguyên tắc cơ bản của việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, nguyên tắc tự định đoạt thì các bên có quyền thỏa thuận tất cả các vấn đề liên quan đến thủ tục hòa giải, địa điểm, thời gian tiến hành hòa giải v.v... miễn là các thỏa thuận đó không trái với đạo đức xã hội hoặc vi phạm pháp luật. Do đó, chúng tôi khuyến nghị rằng Nghị định chỉ cần quy định ngắn gọn về quyền tự đoạt của các bên trong hòa giải là đủ, không cần thiết phải quy định thành 7 khoản riêng rẽ như thế này. Hơn nữa, khoản 7 của Điều này là rất mập mờ, không rõ các quyền và nghĩa vụ khác quy định ở đâu. Để phù hợp với nguyên tắc cơ bản của hòa giải, đảm bảo tính linh hoạt, mềm dẻo trong việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải cũng như phù hợp với thực tiễn trên thế giới, chúng tôi khuyến nghị việc sửa đổi lại điều này như sau: *Các bên có quyền thỏa thuận về trình tự thủ tục hòa giải, cách thức tiến hành hòa giải, hòa giải viên thương mại, địa điểm, thời gian để tiến hành hòa giải và tất cả các vấn đề khác có liên quan đến việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải miễn là các thỏa thuận đó không trái với đạo đức xã hội và không vi phạm pháp luật.*

Điều 21. Lựa chọn, chỉ định hòa giải viên thương mại

1. Các bên có quyền thỏa thuận về việc lựa chọn hòa giải viên thương mại độc lập hoặc đề nghị tổ chức cung cấp **dịch vụ** hòa giải thương mại hoặc **bất kỳ** cơ quan, tổ chức, cá nhân khác giới thiệu hòa giải viên thương mại phù hợp.

2. Việc giới thiệu hòa giải viên thương mại thông qua tổ chức cung cấp **dịch vụ** hòa giải thương mại được thực hiện theo Quy tắc hòa giải của tổ chức hòa giải thương mại.

Điều 22. 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 thương mại trong trường hợp các bên không có thỏa thuận.

Điều 23. Trình tự, thủ tục tiến hành hòa giải

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

2. Hòa giải có thể do một hoặc nhiều hòa giải viên thương mại tiến hành theo thỏa thuận của các bên.

3. Tùy thuộc vào nội dung tranh chấp, trên cơ sở quy định của pháp luật, tập quán thương mại, hòa giải viên thương mại áp dụng các biện pháp thích hợp nhằm giúp các bên tranh chấp hiểu rõ về quyền lợi, trách nhiệm của mình để các bên thỏa thuận việc giải quyết tranh chấp và tự nguyện thực hiện thỏa thuận đó.

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

5. 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 thương mại phải tôn trọng quyết định của các bên.

Điều 24. 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, các bên 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 thương mại.

Điều 25. Hiệu lực của thỏa thuận hòa giải thành

Khi các bên đạt được thỏa thuận hòa giải thành để giải quyết một phần hoặc toàn bộ tranh chấp thì thỏa thuận hòa giải thành đó có giá trị như một hợp đồng mới thay thế các điều khoản có liên quan của thỏa thuận cũ và có hiệu lực ràng buộc đối với các bên.

Nhận xét 8:

Chúng tôi đề xuất thêm khoản 2 của Điều này quy định về việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành như sau: *Tranh chấp phát sinh từ thỏa thuận hòa giải thành sẽ được giải quyết tại Tòa án hoặc Trọng tài bằng thủ tục rút gọn theo quy định tại Bộ luật Tố tụng dân sự hoặc Luật Trọng tài thương mại tương ứng.*

Điều 26. Công nhận thỏa thuận hòa giải thành

Một hoặc các bên **có thể** yêu cầu Tòa án công nhận thỏa thuận hòa giải thành. Trình tự, thủ tục công nhận thỏa thuận hòa giải thành được thực hiện theo quy định pháp luật tố tụng dân sự.

Nhận xét 9:

Xin xem phân tích tại mục I(2) tại phần Nhận xét chung ở phía trên.

Điều 27. 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 thương mại xét thấy không cần thiết tiếp tục thực hiện hòa giải, sau khi tham khảo ý kiến của các bên.
3. Theo đề nghị của một bên tranh chấp.

Điều 28. 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 tranh chấp theo quy định của pháp luật.

Điều 29. Phí, chi phí hòa giải

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

Nhận xét 10:

Xin xem phân tích tại mục I(3)(b) tại phần Nhận xét chung phí trên. Chúng tôi khuyến nghị khôi phục lại Điều khoản về Mối liên hệ giữa hòa giải và tố tụng trọng tài và tố tụng tòa án (tiếp thu Điều 13 của Luật mẫu)

Chương V
HOẠT ĐỘNG CỦA TỔ CHỨC
HÒA GIẢI NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

Điều 30. Điều kiện và hình thức hoạt động của Tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam

1. Tổ chức hòa giải nước ngoài được thành lập và hoạt động hợp pháp tại nước ngoài, tôn trọng Hiến pháp và pháp luật của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì được phép hoạt động tại Việt Nam theo quy định của Nghị định này.

2. Tổ chức hòa giải nước ngoài hoạt động tại Việt Nam dưới các hình thức sau đây:

- a) Chi nhánh của Tổ chức hòa giải nước ngoài (sau đây gọi là Chi nhánh);
- b) Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài (sau đây gọi là Văn phòng đại diện).

Điều 31. Chi nhánh, Văn phòng đại diện

1. Chi nhánh là đơn vị phụ thuộc của Tổ chức hòa giải nước ngoài, được thành lập và thực hiện hoạt động hòa giải tại Việt Nam theo quy định của Nghị định này. Tổ chức hòa giải nước ngoài chịu trách nhiệm về hoạt động của Chi nhánh trước pháp luật Việt Nam. Tổ chức hòa giải nước ngoài cử một hòa giải viên thương mại của tổ chức mình làm Trưởng Chi nhánh. Trưởng Chi nhánh là người đại diện theo uỷ quyền của Tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam.

2. Văn phòng đại diện là đơn vị phụ thuộc của Tổ chức hòa giải nước ngoài được thành lập và tìm kiếm, thúc đẩy cơ hội hoạt động hòa giải tại Việt Nam theo quy định của Nghị định này. Tổ chức hòa giải nước ngoài chịu trách nhiệm về hoạt động của Văn phòng đại diện trước pháp luật Việt Nam.

Điều 32. Quyền và nghĩa vụ của Chi nhánh, Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam

- 1. Quyền và nghĩa vụ của Chi nhánh

a) Thuê trụ sở, thuê, mua các phương tiện, vật dụng cần thiết cho hoạt động của Chi nhánh.

b) Tuyển dụng lao động là người Việt Nam, người nước ngoài để làm việc tại Chi nhánh theo quy định của pháp luật Việt Nam.

c) Mở tài khoản bằng đồng Việt Nam, bằng ngoại tệ tại ngân hàng được phép hoạt động tại Việt Nam để phục vụ cho hoạt động của Chi nhánh.

d) Chuyển thu nhập của Chi nhánh ra nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam.

đ) Có con dấu theo quy định của pháp luật Việt Nam.

e) Hoạt động đúng mục đích, phạm vi và thời hạn được quy định trong Giấy phép thành lập Chi nhánh

g) Chỉ định hòa giải viên thực hiện hòa giải theo ủy quyền của tổ chức hòa giải nước ngoài.

h) Cung cấp dịch vụ hoà giải, dịch vụ hành chính văn phòng và các dịch vụ khác cho việc giải quyết tranh chấp theo quy định của pháp luật.

i). Lưu trữ hồ sơ, cung cấp các bản sao quyết định hòa giải theo yêu cầu của các bên tranh chấp hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam.

k). Báo cáo với Sở Tư pháp nơi Chi nhánh đăng ký hoạt động định kỳ hàng năm và khi có yêu cầu.

l). Các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật.

2. Quyền và nghĩa vụ của Văn phòng đại diện

Ngoài các quyền, nghĩa vụ được quy định tại các điểm a, b, c, đ, e, k, l, khoản 1 Điều 31 Nghị định này, Văn phòng đại diện có quyền và nghĩa vụ sau:

a) Tìm kiếm, thúc đẩy các cơ hội hoạt động hòa giải của tổ chức mình tại Việt Nam.

b) Không được thực hiện hoạt động hòa giải thương mại tại Việt Nam. Chỉ được thực hiện các hoạt động xúc tiến, quảng bá hoạt động hòa giải thương mại theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Điều 33. Cấp Giấy phép thành lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam

1. Tổ chức hòa giải nước ngoài muốn thành lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện tại Việt Nam phải có hồ sơ đề nghị thành lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện gửi Bộ Tư pháp. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ và lệ phí, Bộ Tư pháp xem xét cấp Giấy phép thành lập Chi nhánh, Văn phòng

đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài; trường hợp từ chối phải thông báo bằng văn bản.

Giấy phép thành lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài có hiệu lực kể từ ngày ký.

2. Hồ sơ thành lập Chi nhánh gồm các giấy tờ sau đây:

a) Đơn đề nghị thành lập Chi nhánh;

b) Bản sao có chứng thực giấy tờ chứng minh việc thành lập hợp pháp của Tổ chức hòa giải nước ngoài do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền của nước ngoài cấp;

c) Bản giới thiệu về hoạt động của Tổ chức hòa giải nước ngoài;

d) Bản sao có chứng thực Điều lệ của Tổ chức hòa giải nước ngoài;

đ) Bản sao có chứng thực Quyết định cử hòa giải viên thương mại làm Trưởng Chi nhánh. Trưởng Chi nhánh phải thường trú tại Việt Nam.

3. Hồ sơ thành lập Văn phòng đại diện gồm 01 bộ giấy tờ sau đây:

a) Đơn đề nghị thành lập Văn phòng đại diện;

b) Bản sao có chứng thực giấy tờ chứng minh việc thành lập hợp pháp của Tổ chức hòa giải nước ngoài;

c) Bản giới thiệu về hoạt động của Tổ chức hòa giải nước ngoài;

d) Bản sao có chứng thực Quyết định cử Trưởng Văn phòng đại diện.

4. Đơn đề nghị thành lập Chi nhánh, Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam được làm bằng tiếng Việt. Các giấy tờ kèm theo đơn đề nghị nếu bằng tiếng nước ngoài thì phải được dịch ra tiếng Việt và bản dịch phải được chứng thực theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Giấy tờ do cơ quan, tổ chức nước ngoài cấp hoặc công chứng, chứng thực ở nước ngoài phải được hợp pháp hóa lãnh sự theo quy định của pháp luật Việt Nam, trừ trường hợp được miễn hợp pháp hóa lãnh sự theo điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

5. Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy phép thành lập, Chi nhánh, Văn phòng đại diện của Tổ chức hòa giải nước ngoài phải đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp ở địa phương nơi đặt trụ sở Chi nhánh, Văn phòng đại diện. Bộ Tư pháp hướng dẫn trình tự thủ tục đăng ký hoạt động của Chi nhánh, Văn phòng đại diện.

Nhận xét 11:

Để quy định một cách thống nhất trong toàn bộ Nghị định, chúng tôi khuyến nghị gọi chung các tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải dù trong nước hay nước ngoài là “tổ chức hòa giải” thay vì “tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải”.

Chương VI

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

Điều 34. Quản lý nhà nước về tổ chức, hoạt động hòa giải thương mại

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. Lập và công bố danh sách hòa giải viên thương mại trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Tư pháp.
6. Hợp tác quốc tế trong lĩnh vực hòa giải thương mại.
7. Giải quyết khiếu nại, tố cáo và xử lý vi phạm pháp luật về hoạt động hòa giải thương mại.
8. Cấp, thu hồi Giấy phép thành lập của Chi nhánh, Văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam.
9. Thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn khác theo quy định của pháp luật.

Điều 35. 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, Chi nhánh, Văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải nước ngoài tại Việt Nam.
 - b) Rà soát, thống kê và báo cáo số liệu về hòa giải viên thương mại 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 thương mại 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 36. 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.

Điều 37. 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 38. Hướng dẫn thi hành

Trong phạm vi thẩm quyền của mình, Bộ Tư pháp chủ trì, phối hợp với **Tòa án nhân dân tối cao và** các Bộ, ngành liên quan hướng dẫn thi hành Nghị định này./.

Nhận xét 12:

Do một số nội dung của Nghị định có liên quan đến Tòa án và Bộ luật Tố tụng dân sự, chúng tôi khuyến nghị rằng việc hướng dẫn thi hành Nghị định cần phải phối hợp cùng Tòa án nhân dân tối cao để đạt được hiệu quả cao hơn.

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;

**TM. CHÍNH PHỦ
THỦ TƯỚNG**

- 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).

Nguyễn Tấn Dũng