

# PHÁP LUẬT VỀ HOÀ GIẢI THƯƠNG MẠI CỦA CỘNG HOÀ LIÊN BANG ĐỨC VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Lê Hương Giang\*

**Tóm tắt:** Hoà giải thương mại là một phương thức được các quốc gia châu Âu ngày càng quan tâm phát triển. Cộng hòa Liên bang Đức là một trong những nước châu Âu tích cực xây dựng chính sách khuyến khích hoà giải thương mại thông qua việc ban hành Luật Hoà giải năm 2012. Bài nghiên cứu nêu và phân tích bối cảnh về việc sử dụng hoà giải thương mại ở Đức cũng như Luật Hoà giải Đức năm 2012, từ đó đưa ra một số khuyến nghị cho Việt Nam.

**Abstract:** Commercial mediation is a method in development by European countries. Federal Republic of Germany is one of strenuous European countries in formulating policies for encouragement of commercial mediation with the enactment of the 2012 Mediation Act. The paper states and analyzes the climate of the use of commercial mediation in Germany and the 2012 Act, thereby makes recommendations for Viet Nam.

## 1. Tổng quan về hoà giải và pháp luật hoà giải thương mại của Cộng hòa Liên bang Đức

Ở Đức, các vụ việc tranh chấp đều có thể được giải quyết bằng con đường hoà giải. Rất nhiều lĩnh vực hoà giải tồn tại ở Đức như hoà giải gia đình, hoà giải cộng đồng, hoà giải môi trường, hoà giải thương mại. Tuy nhiên, “Đức là một quốc gia với một truyền thống phát triển hệ thống toà án khá mạnh mẽ. Do đó, phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn đã không thể hiện nhiều vai trò trong một khoảng thời gian khá dài”<sup>1</sup>. Việc sử dụng phương thức hoà giải chưa phải là cách thức ưa thích của thương nhân Đức. Nhìn chung, hoà giải ngoài toà án vẫn tỏ ra yếu thế hơn so với hoà giải tại toà án. Đây dường như là một thực trạng chung đối với các quốc gia theo

dòng họ Civil-law. Trong khi đó, hoà giải lại phát triển khá nhanh tại những quốc gia theo dòng họ Common-law, ví dụ như Mỹ, Anh, Úc<sup>2</sup>.

Có một số nguyên nhân chính làm cho các chủ thể tranh chấp ở Đức chưa thực sự ưa thích hoà giải như:

(i) Việc giải quyết tranh chấp tại toà án bảo đảm công bằng và kết quả được bảo đảm thi hành; hơn nữa, hệ thống toà án ở Đức có sự vận hành khá tốt với hiệu quả giải quyết tranh chấp cao.

(ii) Nếu không phải là toà án, các thương nhân có thể lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Trọng tài ở Đức đã được sử dụng từ rất sớm và được coi là một phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn mang lại nhiều hiệu quả<sup>3</sup>. Lợi thế của

\* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Carlos Esplugues, Louis Marquis (Editors), *New developments in civil and commercial mediation - Global comparative perspectives*, Springer, 2015, tr. 291.

<sup>2</sup> N. M. Alexander, *Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave*, in N. M. Alexander (Ed.), *Global Trends of Mediation 1*, at 4 (2006).

<sup>3</sup> Noussia, Kyriaki, *Confidentiality in international commercial arbitration - A comparative analysis of*

trọng tài là việc cơ quan này có thể đưa ra phán quyết, thủ tục khá linh hoạt và bảo đảm quyền lợi cho các bên.

(iii) Do thói quen và tâm lý của người Đức nhìn nhận đối với hoạt động hoà giải, khi cơ chế bảo đảm chưa thực sự tốt như quy trình tố tụng tại toà án (thậm chí là hoà giải tại toà án) và trọng tài. Đối với văn hoá của người Đức, “nếu họ làm điều gì đó, họ có xu hướng đánh giá cao chất lượng, hiệu quả hơn là chi phí và thời gian. Với hoà giải, người Đức cho rằng, cần nhiều thời gian hơn cho các nghiên cứu, đánh giá và khảo sát để đảm bảo công cụ này đáng để sử dụng”<sup>4</sup>. Nhìn chung, người Đức giữ thái độ hoài nghi về hiệu quả của hoà giải.

Tuy nhiên, cũng không thể phủ nhận những ưu điểm mà hoà giải mang lại. “Các tranh chấp thương mại thường tập trung vào các vấn đề có tính chi tiết và có tính nhạy cảm mà các bên không muốn tiết lộ công khai. Tính bảo mật trong hoạt động hoà giải chính là điểm hấp dẫn của phương thức này”<sup>5</sup>. Bên cạnh đó, sử dụng hoà giải cũng là một cách để các bên có thể tiết kiệm hơn về mặt thời gian và tổng chi phí<sup>6</sup>. Ngoài việc tuân thủ theo chính sách của Liên minh châu Âu về việc các nước thành viên cần “thu hút các bên bằng những biện pháp thích hợp để thúc đẩy sử dụng biện pháp

hoà giải”<sup>7</sup>, Đức phát triển hoà giải là một xu thế tất yếu cho việc khuyến khích các phương thức giải quyết tranh chấp nhanh chóng và tiết kiệm.

Hiện nay, ở Đức, không có một đạo luật riêng biệt về hoà giải thương mại, việc hoà giải các tranh chấp thương mại sẽ được điều chỉnh bởi hai văn bản pháp luật là Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức năm 2005, sửa đổi lần cuối năm 2013 (Code of Civil procedure of Germany-ZPO) (sau đây gọi là Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức)<sup>8</sup> và Luật Hoà giải năm 2012 (MediationsG) (sau đây gọi là Luật Hoà giải Đức)<sup>9</sup>. Các tranh chấp thương mại có thể được hoà giải theo các loại như: Hoà giải ngoài toà án (hoà giải tư nhân), hoà giải ngoài toà án được giới thiệu bởi toà án hay còn gọi là hoà giải liên kết với toà án (the out-of-court mediation upon proposal by the court) và hoà giải theo thủ tục hoà giải tại toà án (mediation in judicial conciliatory proceedings). Ba loại hoà giải này khác biệt ở cách hoà giải bắt đầu và tư cách của người tiến hành hoà giải<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Chỉ thị số 2008/52/EC của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 21/5/2008 về các khía cạnh hoà giải dân sự và thương mại (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) tại địa chỉ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>8</sup> Code of Civil Procedure of Germany tại địa chỉ [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html), truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>9</sup> Mediation Act of Germany (MediationsG) tại địa chỉ [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html), truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>10</sup> Sherman&Sterling, *The new German Mediation Act - Paving the way for mediation as established standard in dispute resolution*, Client Publication, September 2012, tr.2.

*the position under English, US, German and French Law*, Springer, 2010, tr.14.

<sup>4</sup> Alexander Hoffmann, *Mediation in Germany and the United States*, European Journal of Law Reform, Vol. 9, no. 4, 2007, tr. 549.

<sup>5</sup> Law Reform Commission, *Report: Alternative dispute resolution: Mediation and Conciliation*, November 2010, tr. 144.

<sup>6</sup> European Parliament, Directorate-General for international Policies, *“Rebooting the mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measure to increase the number of mediations in the EU”*, 2014, tr. 124, 126.

*Hoà giải tại toà án:* Đây là phương thức được tiến hành theo thủ tục được quy định tại Điều 278. (1) của Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức (ZPO). Trình tự thủ tục hoà giải được điều khiển bởi thẩm phán với các bước như các bên trình bày vấn đề, thẩm phán hoà giải nghe và trợ giúp các bên để giải quyết vụ tranh chấp. Về mặt phương pháp giải quyết tranh chấp, hoà giải tại toà án có những khác biệt với hoà giải ngoài toà án theo hướng thủ tục chặt chẽ và có nhiều quy định ràng buộc nghĩa vụ hơn. Ví dụ như, các bên hoà giải tại toà án thì “sẽ có thể bị toà án yêu cầu có mặt ở buổi hoà giải cũng như ở bất kỳ bước hoà giải nào” (Điều 141 “Order that a party appear in person”). Tuy nhiên, điểm giống với hoà giải ngoài toà án là thẩm phán không được đưa ra các quyết định thay cho các bên (Điều 278. (5) ZPO). Nếu có thể hoà giải được tại toà án, các bên có thể tự soạn một đề nghị về cách giải quyết vấn đề hoặc cũng có thể chấp nhận việc toà án soạn một thoả thuận giữa các bên ghi lại nội dung của vụ việc hoà giải và các bên sẽ chấp nhận văn bản này của toà án (Điều 278. (6))

*Hoà giải do toà án giới thiệu; hay hoà giải liên kết với toà án:* Đây là phương thức hoà giải được tiến hành theo Điều 278a Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức: (1) Toà án có thể gợi ý các bên tiến hành hoà giải hoặc một thủ tục giải quyết tranh chấp lựa chọn khác; (2) Nếu các bên quyết định tiến hành hoà giải hoặc một phương thức giải quyết tranh chấp lựa chọn khác, toà án sẽ ra quyết định hoãn xử vụ tranh chấp tại toà. Như vậy, trong phương thức hoà giải này, các bên có quyền lựa chọn giải pháp có hoà giải theo sự giới thiệu của toà án hay không. Nếu các bên đồng ý giải quyết tranh chấp theo sự giới thiệu đó, quá trình giải quyết sẽ áp dụng

Luật Hoà giải Đức năm 2012. Có thể hiểu, đối với phương thức hoà giải này, điểm giống với hoà giải tại toà án ở chỗ, trình tự hoà giải tương tự cũng diễn ra trong toàn bộ quá trình thủ tục tố tụng tại toà bị hoãn lại<sup>11</sup>. Tuy nhiên, trong phương thức này, hoà giải viên chuyên nghiệp sẽ tiến hành giải quyết vụ tranh chấp dưới sự giới thiệu của thẩm phán; có thể giúp các bên tranh chấp đạt được thoả thuận một cách hiệu quả hơn là giải quyết hoà giải tại toà án.

*Hoà giải ngoài toà án:* Là hoà giải được giải quyết bởi các hoà giải viên độc lập, không chịu sự điều chỉnh bởi Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức. Phương thức hoà giải này được thực hiện theo Luật Hoà giải Đức năm 2012. Thực tế cho thấy, “thậm chí trước khi Đức ban hành Luật Hoà giải, mô hình hoà giải đã được phát triển như một phương pháp giải quyết tranh chấp chuyên nghiệp trong lĩnh vực thương mại, bên cạnh toà án và trọng tài”<sup>12</sup>. Sự ra đời của Luật Hoà giải năm 2012 đã thúc đẩy việc sử dụng hoà giải tại Đức, cũng là một bước nội luật hoá luật chung châu Âu mà Đức là một thành viên. Không chỉ hướng tới các tranh chấp xuyên biên giới như Chi thị của Liên minh châu Âu (EU), Luật Hoà giải Đức áp dụng cho cả các tranh chấp nội địa.

Có thể nói, pháp luật hoà giải của Đức cũng đã hướng đến việc khuyến khích hoà giải các tranh chấp, thiết kế nhiều mô hình để các bên có thể lựa chọn bao gồm cả hoà giải tại toà án và hoà giải ngoài toà án. Với

<sup>11</sup> Peter Berg, *Dispute resolution in Germany*, tại địa chỉ <http://www.disputeresolutiongermany.com/2011/11/mediation-court-annexed-mediation-and-judges-as-mediators/>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>12</sup> Sherman&Sterling, *The new German Mediation Act - Paving the way for mediation as established standard in dispute resolution*, Client Publication, September 2012, tr.3.

việc bổ sung vai trò của các thẩm phán hoà giải (judge mediator - Gurichter) trong hầu hết các thủ tục tố tụng, hoà giải tại Đức không chỉ được khuyến khích bên ngoài toà án, mà còn cả bên trong hệ thống toà án Đức<sup>13</sup>.

## 2. Nội dung pháp luật về hoà giải thương mại theo Luật Hoà giải Đức năm 2012

### 2.1. Quy định về các nguyên tắc cơ bản của hoà giải

Luật Hoà giải Đức không thiết kế các điều luật riêng về nguyên tắc cơ bản của hoà giải mà được tích hợp thể hiện trong Điều 1 về định nghĩa hoà giải: “(1) Hoà giải là một thủ tục *bi mật* và *có trình tự* mà ở đó các bên cố gắng, dựa trên nguyên tắc *tự nguyện* và *tự quyết*, để đạt được một thoả thuận về tranh chấp với sự trợ giúp của một hoặc nhiều hoà giải viên; (2) Hoà giải viên là người *hướng dẫn*, *trợ giúp* các bên giải quyết vụ tranh chấp, với tư cách *độc lập* và *trung lập*, không đưa ra bất kỳ quyết định nào mang tính ép buộc”. Như vậy, các nguyên tắc được nhấn mạnh bao gồm:

(i) *Nguyên tắc tự nguyện (voluntariness)*: Nếu các bên không tự nguyện lựa chọn hoà giải thì sẽ không có việc giải quyết tranh chấp bằng hoà giải. Trong trường hợp các bên không muốn tiếp tục giải quyết tranh chấp bằng hoà giải, “các bên có thể chấm dứt hoà giải bất kỳ lúc nào” (Khoản 2. (5) Luật Hoà giải Đức). Trong quá trình hoà giải, nguyên tắc tự nguyện của các bên cũng cần phải được hoà giải viên tôn trọng.

(ii) *Nguyên tắc tự quyết (self-*

*determination)*: Các bên sẽ được tự định đoạt vụ tranh chấp của mình, hoà giải viên không được can thiệp bằng bất cứ quyết định nào. Hơn nữa, hoà giải viên cũng không được đưa ra bất kỳ quyết định nào mang tính quyền lực, mà chỉ trợ giúp, hướng dẫn các bên. Đây là điểm khác biệt cơ bản giữa hoà giải với toà án hay trọng tài, hai phương thức mà ở đó, thẩm phán hay trọng tài viên có vai trò đưa ra các quyết định cuối cùng về vụ việc. Do đó, trong quá trình giải quyết tranh chấp, “chỉ khi với sự đồng ý của tất cả các bên thì bên thứ ba mới được tham gia vào vụ tranh chấp” (Điều 2. (4) Luật Hoà giải Đức), hay là “phụ thuộc vào sự đồng ý của các bên, kết quả dàn xếp có thể được lưu giữ dưới dạng một thoả thuận cuối cùng” (Điều 6. (6) Luật Hoà giải Đức).

(iii) *Nguyên tắc bảo mật (confidentiality)*: Các bên tham gia vào vụ tranh chấp có nghĩa vụ giữ kín các thông tin có được khi tham gia vào vụ tranh chấp. Nguyên tắc này được Luật Hoà giải Đức rất quan tâm bằng việc quy định rất rõ một điều khoản riêng tại Điều 4. Theo đó, các bên tham gia vào vụ việc, không chỉ hoà giải viên và các bên, đều có nghĩa vụ bảo mật các thông tin có được từ vụ hoà giải. Tuy nhiên, sẽ có những trường hợp loại trừ nghĩa vụ này, nếu như việc tiết lộ thông tin là cần thiết để thực thi các thoả thuận hoà giải, để phục vụ cho những lợi ích công cộng (chăm sóc trẻ em, ngăn chặn sự xâm phạm thể chất và tinh thần của một người nào đó) hoặc thông tin được tiết lộ là những kiến thức thông thường không gây hại đáng kể cho nguyên tắc bảo mật trong hoà giải (Điều 4).

(iv) *Nguyên tắc linh hoạt và hiệu quả (flexibility & efficiency)*: Được thể hiện ở việc quy định hoà giải là một thủ tục có

<sup>13</sup> Laura Ervo, Anna Nylund (Editors), *The future of civil litigation: Access to Courts and Court-annexed mediation in the Nordic Countries*, Springer, 2014, tr.93.

trình tự, cấu trúc, trong đó các bên nỗ lực đạt được một thoả thuận thiện chí về giải quyết mâu thuẫn với sự trợ giúp của một hoặc nhiều hoà giải viên.

(v) *Nguyên tắc trung lập và công bằng (neutrality & impartiality)*: Nguyên tắc này được áp dụng cho hoà giải viên. Hoà giải viên phải độc lập so với các bên tranh chấp và hành động một cách công bằng với các bên. Đối với hoà giải viên, Luật Hoà giải Đức nhấn mạnh nghĩa vụ bảo đảm sự độc lập và công bằng đối với các bên. Hoà giải viên cần phải thông báo cho các bên bất cứ yếu tố nào có thể làm ảnh hưởng tới sự độc lập của mình. Nếu các bên chấp nhận thì hoà giải viên mới được thực hiện vai trò hoà giải viên của mình. Hơn nữa, Luật Hoà giải Đức cũng cấm việc những người có mối liên quan tới lợi ích, công việc với một trong các bên được thực hiện vai trò của hoà giải viên (Điều 3 Luật Hoà giải Đức).

## 2.2. Quy định về hoà giải viên

Mặc dù Đức và Việt Nam đều có chung một khó khăn là những thương nhân chưa thực sự ưa thích mô hình hoà giải, nhưng nguồn lực hoà giải tại Đức lại khá dồi dào và sẵn sàng cung cấp dịch vụ này cho các thương nhân. Hơn nữa, sự lựa chọn các hoà giải viên tại Đức đa dạng hơn Việt Nam.

Tại Đức, hiện nay những hoà giải viên được phân loại như sau: Hoà giải viên thẩm phán<sup>14</sup> (*conciliation judges - Güterichter*); hoà giải viên chứng nhận (*certified mediators*) và hoà giải viên không được chứng nhận (*uncertified mediators*). Luật Hoà giải Đức năm 2012 chỉ áp dụng cho các hoà giải viên ngoài toà án.

*Hoà giải viên được cấp chứng nhận (Certificated mediator)*: Vấn đề hoà giải viên chứng nhận được coi là trọng tâm của

Luật Hoà giải Đức năm 2012 nhằm đáp ứng quy định tại Điều 4 Chỉ thị số 2008/52/EC về việc bảo đảm chất lượng của hoà giải. Theo đó, các quốc gia thành viên cần phải khuyến khích phát triển hoà giải, mà một trong số đó là thúc đẩy sự phát triển của dịch vụ hoà giải được cung cấp bởi các hoà giải viên và tổ chức hoà giải, cần phải quan tâm tới việc đào tạo hoà giải viên các kiến thức và kỹ năng để họ có thể tiến hành hoạt động hoà giải một cách hiệu quả, công bằng và có đủ năng lực. Ngoài ra, các hoà giải viên ở Đức cũng cần tuân thủ theo Quy tắc tiến hành hoà giải đối với hoà giải viên do Liên minh châu Âu ban hành (*The European Code of Conduct for Mediators*)<sup>15</sup>. Thực tế ở Đức, bất kỳ ai cũng có thể trở thành hoà giải viên, quy định về hoà giải viên được chứng nhận (*certified mediator*) tại Luật Hoà giải Đức không tước quyền trở thành hoà giải viên của các cá nhân trong xã hội. Tuy nhiên, để hoà giải viên có thể tự gọi mình là hoà giải viên được chứng nhận, người này cần phải đáp ứng các tiêu chí được quy định tại Quy định về đào tạo các hoà giải viên được chứng nhận (*Regulation on the training and further education of certified mediators - Certified Mediator Training Ordinance - ZMediatAusbV*<sup>16</sup>). Chương trình đào tạo hoà giải viên bao gồm một khoá học với tổng thời lượng ít nhất 120 giờ. Sau khi

<sup>15</sup> European Commission, *European code of conduct for mediators*, tại địa chỉ [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf), truy cập ngày 30/4/2018.

<sup>16</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (German Federal Ministry of Justice), *Regulation on the training and further education of certified mediators - Certified Mediator Training Ordinance - ZMediatAusbV* tại địa chỉ <https://www.gesetze-im-internet.de/zmediatausbv/BJNR199400016.html>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>14</sup> Thẩm phán với vai trò của hoà giải viên.

hoàn thành khoá học, hoà giải viên phải tiến hành một phiên hoà giải với tư cách hoà giải viên hoặc đồng hoà giải viên và được cấp xác nhận của một người giám sát (có ý nghĩa như việc thực hành hoà giải). Sau khi được chứng nhận, hoà giải viên có chứng nhận phải có bốn lần thực hiện hoà giải được cấp chứng chỉ đánh giá (single-supervisor) trong khoảng thời gian 2 năm kể từ khi được chứng nhận. Chứng nhận về đánh giá sẽ được ban hành cho mỗi buổi đánh giá độc lập. Trong thời gian 4 năm kể từ khi được cấp chứng chỉ hoà giải viên, các hoà giải viên được chứng nhận cũng vẫn phải tiếp tục tham gia vào các khoá huấn luyện có thời lượng ít nhất 40 giờ với mục đích nâng cao và cập nhật những nội dung về kiến thức và kỹ năng hoà giải.

Trước khi những quy định pháp lý về đào tạo hoà giải viên được ban hành thì thị trường đào tạo hoà giải viên ở Đức rất phát triển. Mặc dù nguồn lực hoà giải viên là khá dồi dào, nhưng toà án lại không có xu hướng chuyển vụ việc cho các hoà giải viên. Một số nhà nghiên cứu ở Đức lo ngại về việc hàng năm số lượng hoà giải viên được đào tạo là rất lớn, nhưng sự phát triển này lại không bền vững và tương thích với cơ hội nghề nghiệp. Trong bối cảnh đó, những quy định mới về hoà giải viên chứng nhận ở Đức sẽ giúp cho việc đào tạo hoà giải viên ở Đức được chú trọng và có chất lượng hơn. “Thị trường đào tạo hoà giải có thể trở nên kém linh hoạt hơn do những quy định pháp lý mới. Điều này có thể có hoặc không giải quyết được vấn đề bão hoà thị trường đào tạo hoà giải viên, nhưng ít nhất nó có ý nghĩa rằng việc đào tạo sẽ chú trọng hơn về mặt chất lượng”<sup>17</sup>.

Đức cũng không có những quy định mang tính chất chế tài đối với các hoà giải viên khi họ vi phạm các nghĩa vụ trong hoạt động hoà giải (vi phạm nguyên tắc hoà giải), hay thậm chí tự gọi mình là hoà giải viên được chứng nhận trong khi chưa hoàn thành khoá học cơ bản về hoà giải. Các hoà giải viên phải tự chịu trách nhiệm về tư cách và việc hành nghề của mình trước khách hàng. Việc tuân thủ các quy định pháp luật, của hợp đồng là cần thiết nếu không muốn bị khách hàng khởi kiện ra toà án.

*Hoà giải viên không được chứng nhận (Uncertificated mediators):* Là những hoà giải viên không trải qua các khoá huấn luyện và đào tạo bởi các tổ chức. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 5. (1) Luật Hoà giải Đức, thì ngay cả khi các hoà giải viên không được chứng nhận cũng phải có các “kiến thức lý thuyết và kinh nghiệm thực hành” để có thể tiến hành hoà giải vụ việc. Nếu trong trường hợp hoà giải viên vi phạm các nghĩa vụ trong hoạt động hoà giải, trách nhiệm của hoà giải viên có thể được xác định theo hợp đồng giữa các bên và có thể bị các bên tranh chấp kiện tới toà án.

### 2.3. Quy định về trình tự thủ tục hoà giải

Nhìn chung, Đức không quy định cứng nhắc về trình tự thủ tục hoà giải. Các quy định thường không chứa các quy phạm mang tính bắt buộc về trình tự thủ tục hoà giải, điều này rất phù hợp với bản chất tự nguyện, tự quyết và không ràng buộc trong cơ chế hoà giải. Thủ tục hoà giải được quy định ở Điều 2 Luật Hoà giải Đức, các trung tâm hoà giải, hoà giải viên và các bên có thể tự thoả thuận các trình tự thủ tục. Việc giải

<sup>17</sup> Greg Bond, “What Is a “Certified Mediator”? New Regulation in Germany Published”, Kluwer

Mediation Blog, September 27 2016, <http://klwermediationblog.com/2016/09/27/what-is-a-certified-mediator-new-regulation-in-germany-published/>.

quyết tranh chấp theo một trình tự như thế nào đôi khi còn phụ thuộc vào tính chất phức tạp của vụ tranh chấp, yêu cầu của các bên đương sự cũng như kỹ năng của từng hoà giải viên. Tuy nhiên, tiến trình hoà giải theo Luật Hoà giải Đức được thực hiện theo các bước cơ bản bao gồm: Các bên lựa chọn hoà giải viên; hoà giải viên phổ biến các nguyên tắc của hoà giải, cách thức hoà giải và đảm bảo việc các bên tham gia hoà giải là tự nguyện; hoà giải viên thúc đẩy sự giao tiếp giữa các bên, cần đảm bảo việc các bên bước vào hoà giải với thái độ công bằng và thích hợp, hoà giải viên cũng có thể tổ chức các cuộc thảo luận riêng với từng bên để hướng tới một thoả thuận chung giữa các bên; kết thúc hoà giải, hoà giải viên cần phải chắc chắn việc kết luận vụ việc là được sự đồng thuận của các bên tranh chấp. Có thể thấy, pháp luật Đức không có những quy định liên quan đến vấn đề thoả thuận hoà giải (mediation agreement), mà coi đó như một hợp đồng thông thường, được điều chỉnh bởi pháp luật về hợp đồng.

Thực tế, các trung tâm hoà giải của Đức cũng đều có những quy tắc hoà giải riêng của mình. Ví dụ như, Viện trọng tài Đức (German Institution of Arbitration - DIS) ban hành quy tắc hoà giải từ năm 2010 với các quy định chi tiết hơn từ lúc bắt đầu tới lúc kết thúc hoà giải. Một số vấn đề mà Luật Hoà giải sau này không nhắc tới hoặc nhắc tới nhưng không đầy đủ đều được quy định khá chi tiết trong quy tắc của trung tâm này như: Thoả thuận hoà giải, phiên họp hoà giải, địa điểm hoà giải, thời điểm kết thúc hoà giải<sup>18</sup>. Quy tắc của các trung tâm

hoà giải cũng có những quy định về phí hoà giải một cách rõ ràng.

#### **2.4. Quy định về kết quả hoà giải**

Kết quả hoà giải được hiểu là kết quả cuối cùng của các bên sau khi kết thúc quá trình hoà giải. Về thoả thuận hoà giải thành ngoài toà án, Chỉ thị 2008/52/EC đã yêu cầu các nước thành viên phải có các quy định đảm bảo hiệu lực thi hành của kết quả hoà giải; quy định về việc kết quả hoà giải phải được bắt buộc thực thi trừ trường hợp các thoả thuận trái luật. Về cơ quan có thẩm quyền cưỡng chế thi hành, EU cũng chỉ rõ các nước thành viên có thể chỉ định toà án hoặc một cơ quan nhà nước khác. Các quy định về cưỡng chế thi hành kết quả hoà giải thành không được quy định trong Luật Hoà giải. Về bản chất, có thể thấy, thoả thuận kết quả hoà giải có tính chất của một hợp đồng. Chính vì thế, các bên có thể thoả thuận bằng bất cứ hình thức nào, tuy nhiên, các thoả thuận kết quả hoà giải thường được soạn thảo bằng văn bản để tránh các tranh chấp có thể phát sinh. Theo Điều 794 và 796c Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức, kết quả hoà giải thành ngoài toà án có thể được cưỡng chế thi hành, nếu được lưu lại bởi toà án hoặc được xác nhận bởi công chứng viên.

### **3. Một số gợi mở cho Việt Nam**

#### **3.1. Xây dựng một Luật Hoà giải (ngoài toà án) thống nhất**

Ở Đức, Luật Hoà giải là văn bản điều chỉnh chung cho hoạt động hoà giải ngoài toà án mà không có sự phân biệt nội dung của tranh chấp. Do đó, các nguyên tắc, trình tự và các quy định về hoà giải viên là như nhau; cơ chế hoà giải thống nhất cho các lĩnh vực. Như vậy, thực chất Luật Hoà giải áp dụng chung cho mọi loại tranh chấp mà các bên mong muốn sử dụng dịch vụ hoà giải ngoài toà án.

<sup>18</sup> German Institution of Arbitration (DIS), *DIS Mediation Rules*, tại địa chỉ <http://www.disarb.org/em/16/rules/dis-mediation-rules-id31>, truy cập ngày 28/4/2018.

Ngược lại, ở Việt Nam, Nghị định số 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ về hoà giải thương mại chỉ áp dụng cho loại tranh chấp thương mại. Theo đó, để được các hoà giải viên hay Trung tâm hoà giải thương mại giải quyết vụ việc thì tranh chấp phải là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại hoặc phải được pháp luật quy định về việc sử dụng phương thức này. Vì thế, những tranh chấp không thuộc lĩnh vực thương mại, không được luật chuyên ngành quy định sẽ không thuộc phạm vi áp dụng theo Nghị định này. Kết quả là, thẩm quyền của hoà giải viên, tổ chức hoà giải sẽ bị giới hạn trong phạm vi giải quyết tranh chấp một cách không cần thiết. Trong khi đó, một số hoạt động hoà giải thuộc lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình lại thiếu cơ chế dịch vụ hoà giải được quy định bởi pháp luật.

Do đó, trong tương lai, Việt Nam cần nghiên cứu việc ban hành một văn bản chung về hoà giải. Luật này sẽ là văn bản điều chỉnh chung cho các hoạt động hoà giải ngoài toà án. Đây là một xu hướng chung không chỉ ở châu Âu như Đức, mà còn ở châu Á, điển hình là Singapore<sup>19</sup>.

### ***3.2. Xây dựng các quy định pháp lý về đào tạo và phát triển chất lượng của đội ngũ hoà giải viên***

Việt Nam cần tiếp tục nghiên cứu các tiêu chuẩn của hoà giải viên, việc đào tạo và quản lý hoà giải viên. Hiện nay, pháp luật Việt Nam mới chỉ đưa ra các tiêu chuẩn để trở thành hoà giải viên hợp pháp mà chưa chú trọng việc thiết kế các quy định pháp luật hướng tới việc đảm bảo chất lượng của đội ngũ hoà giải viên. Về vấn đề này, Việt Nam hoàn toàn có thể học hỏi

kinh nghiệm qua Luật Hoà giải Đức và áp dụng theo hướng có chọn lọc nhằm phù hợp với thực tế.

Hiện nay, quy định tại Điều 7 Nghị định 22/2017/NĐ-CP về tiêu chuẩn hoà giải viên có sự kết hợp giữa yếu tố định tính (phẩm chất đạo đức, uy tín, độc lập, vô tư, khách quan, có kỹ năng, hiểu biết...) và định lượng (trình độ đại học trở lên, qua thời gian công tác trong lĩnh vực được đào tạo từ 02 năm trở lên). Nghị định này cũng xác định một trong các nghĩa vụ của hoà giải viên thương mại là phải “tuân thủ pháp luật, quy tắc đạo đức và ứng xử hoà giải viên...”<sup>20</sup>. Hoà giải viên cũng bị cấm “vi phạm quy tắc đạo đức hoà giải viên thương mại”<sup>21</sup>. Hiện nay, Nghị định có quy định một trong những nghĩa vụ của Tổ chức hoà giải thương mại là ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử của hoà giải viên thương mại. Tuy nhiên, quy tắc đạo đức và ứng xử này chỉ được áp dụng trong phạm vi mỗi Trung tâm hoà giải, trong khi đó, Nghị định 22/2017/NĐ-CP có ghi nhận cả hình thức hoà giải viên vụ việc. Theo quan điểm của tác giả, Nhà nước vẫn nên ban hành một quy tắc đạo đức và ứng xử mẫu cho hoà giải viên thương mại, thống nhất những nguyên tắc cơ bản, để từ đó các trung tâm hoà giải sẽ cụ thể hoá cho phù hợp với Trung tâm của mình, cũng là cơ sở để điều chỉnh hành vi của các hoà giải viên vụ việc.

Việt Nam cũng nên ghi nhận hoà giải viên có chứng nhận; chứng chỉ được cấp sau khi đã hoàn thành khoá học tại những cơ sở đào tạo hoà giải viên được công nhận. Theo đó, Nhà nước nên giao cho Bộ Tư pháp là cơ quan đầu mối soạn thảo chương trình đào

<sup>19</sup> Singapore vừa ban hành Luật Hoà giải năm 2017, tại địa chỉ <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017>, truy cập ngày 30/04/2018.

<sup>20</sup> Điểm a khoản 2 Điều 9 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>21</sup> Khoản 2 Điều 10 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.



tạo hoà giải viên với các nội dung bao gồm các môn học cơ bản, số giờ học. Nhà nước không trực tiếp tham gia vào việc cấp chứng chỉ hoà giải viên, mà nên để cho các cơ sở có đủ năng lực làm việc này, có thể bao gồm các trường Đại học, học viện, viện nghiên cứu, các Trung tâm trọng tài và hoà giải. Bộ Tư pháp nên quản lý các cơ sở này bằng cách yêu cầu việc thực hiện đào tạo phải được sự đồng ý của Bộ (có thể là cơ chế cấp phép hoặc đăng ký). Bộ Tư pháp có thẩm quyền kiểm tra, thanh tra, giám sát chất lượng của các cơ sở đào tạo này. Các cơ sở đào tạo chịu trách nhiệm trước Nhà nước về việc đào tạo và cấp chứng chỉ hoà giải viên. Tuy nhiên, không nên quy định rằng, chỉ có những hoà giải viên có chứng chỉ mới được tiến hành hoà giải. Việt Nam cũng nên quy định việc đào tạo và cấp chứng chỉ chỉ có ý nghĩa xác định địa vị của hoà giải viên trong thị trường dịch vụ hoà giải, nếu không có chứng chỉ hoà giải và không thuộc các trường hợp bị cấm làm hoà giải viên hoặc không đủ tiêu chuẩn cơ bản của hoà giải viên thì vẫn có thể làm hoà giải viên. Việc lựa chọn hoà giải viên có chứng nhận hay không có chứng nhận là do khách hàng tự quyết định.

### ***3.3. Bổ sung trường hợp thoả thuận hoà giải thành có giá trị bắt buộc thi hành khi được công chứng***

Về cơ chế bắt buộc thi hành đối với kết quả hoà giải thành cũng có nhiều cách tiếp cận khác nhau như: Thoả thuận hoà giải thành là một hợp đồng mới, giá trị hiệu lực là ràng buộc với các bên; nếu một bên không thực hiện hoặc có vi phạm thì bên kia có quyền khởi kiện như một hợp đồng; hay, thoả thuận hoà giải thành có giá trị thi hành bắt buộc như một bản án khi toà án ra quyết định công nhận thi hành. Nếu theo quan

điểm này, cần có sự tương đồng giữa văn bản pháp luật về hoà giải với văn bản pháp luật về tố tụng dân sự và thi hành án. Hoặc như quan điểm về thoả thuận hoà giải có giá trị thi hành đương nhiên (thi hành nhanh)<sup>22</sup> của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) trong Luật mẫu về hoà giải thương mại. Theo đó, Điều 14 Luật mẫu có quy định: “Nếu các bên đạt được thoả thuận hoà giải thành để giải quyết tranh chấp, thì thoả thuận hoà giải đó có hiệu lực bắt buộc đối với các bên và có thể đưa ra thi hành”. Theo phân tích tại Bản thảo hướng dẫn việc ban hành và sử dụng Luật mẫu về hoà giải thương mại (A/CN.9/514 phần 77), UNCITRAL có giải thích rằng, quy định này nhằm tăng tính hấp dẫn của thoả thuận hoà giải, áp dụng chế độ thi hành nhanh và coi thoả thuận này như một phán quyết trọng tài; đồng thời, nhằm tránh sự can thiệp của toà án vào việc xem xét nội dung của thoả thuận hoà giải hoặc mất nhiều thời gian để công nhận cho thi hành thoả thuận. Bên cạnh đó, khi thoả thuận hoà giải thành có giá trị thi hành nhanh thì sẽ đề cao được tính độc lập của phương thức giải quyết tranh chấp bằng hoà giải thương mại.

Hiện nay, pháp luật Việt Nam quy định theo hướng là các thoả thuận hoà giải thành ngoài toà án sẽ có giá trị cưỡng chế thi hành nếu như được toà án ra quyết định công nhận trên cơ sở yêu cầu của các bên, tuân theo trình tự thủ tục tại Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Việt Nam cũng có thể học tập kinh nghiệm về thủ tục lưu giữ biên bản hoà giải thành tại toà án hoặc yêu cầu xác nhận từ công chứng viên (thủ tục công chứng). Việc mở rộng thêm thẩm quyền công nhận kết

<sup>22</sup> Trường hợp này cũng đặt ra vấn đề phải sửa đổi Luật Thi hành án dân sự.

quả hoà giải thành cho công chúng sẽ giảm tải công việc cho hệ thống toà án, cũng như tạo điều kiện cho các bên tranh chấp có thêm lựa chọn trong việc thi hành kết quả hoà giải. Tuy nhiên, khi mở rộng thẩm quyền công nhận kết quả hoà giải cho công chứng viên thì cũng đặt ra yêu cầu cần sửa đổi Luật Thi hành án Dân sự cho phù hợp.

### **3.4. Giảm thiểu các thủ tục hành chính trong quản lý nhà nước về hoạt động hoà giải thương mại**

Có thể thấy, việc xây dựng pháp luật về hoà giải của Đức có sự kết hợp giữa các quy định của Nhà nước và cơ chế tự chịu trách nhiệm của các chủ thể. Luật Hoà giải Đức không có những quy định nhấn mạnh vào yếu tố quản lý hành chính nhà nước đối với hoà giải viên hay trung tâm hoà giải. Trong khi đó, đây lại là vấn đề mà Nghị định về hoà giải của Việt Nam đặt làm trọng tâm. Các thủ tục hành chính được quy định khá chặt chẽ để đảm bảo sự thừa nhận và vận hành có trật tự của các chủ thể hoà giải tại Việt Nam.

Ở Việt Nam, Nhà nước quản lý hoà giải viên bằng cơ chế đăng ký, quản lý trung tâm hoà giải bằng cơ chế cấp phép, nhằm nắm bắt được các thông tin của các hoà giải viên cũng như thẩm định các điều kiện đảm bảo sự vận hành cho các trung tâm hoà giải. Bên cạnh đó, Nhà nước cũng kiểm soát việc hành nghề của các chủ thể tiến hành hoà giải bằng quy định về việc “xóa tên” hoà giải viên, nhưng các quy định về việc xóa tên tại Nghị định 22/2017/NĐ-CP lại tản mát ở các điều khoản khác nhau và chưa có sự thống nhất giữa hoà giải viên của Trung tâm hoà giải và hoà giải viên vụ việc. Theo đó, Trung tâm hoà giải sẽ có quyền xóa tên hoà giải viên của trung tâm mình (Nghị định không quy định cụ thể, Điều lệ của

Trung tâm sẽ xác định vấn đề này)<sup>23</sup>; Sở Tư pháp sẽ xóa tên hoà giải viên khi hoà giải viên đó thôi làm hoà giải viên vụ việc hoặc không còn đủ tiêu chuẩn theo quy định pháp luật<sup>24</sup>. Có thể thấy, căn cứ của việc xóa tên hoà giải viên của Trung tâm hoà giải là chưa rõ ràng, có thể dẫn tới những tranh chấp trong thực tiễn triển khai. Bên cạnh đó, việc quy định quyền xóa tên hoà giải viên vụ việc khi không đủ tiêu chuẩn của Sở Tư pháp cũng sẽ có những rủi ro pháp lý đối với các hoà giải viên, bởi hiện nay Nghị định 22/2017/NĐ-CP có quy định cả những tiêu chuẩn định tính. Đây là vấn đề mà pháp luật cần có những quy định rõ hơn, thậm chí có những quy định ràng buộc trách nhiệm của Trung tâm hoà giải hay Sở Tư pháp để nâng cao trách nhiệm trong việc đưa ra quyết định xóa tên hoà giải viên. Bên cạnh quy định về việc xóa tên hoà giải viên, Nghị định 22/2017/NĐ-CP còn quy định các Trung tâm hoà giải thương mại cũng có thể bị thu hồi Giấy phép thành lập, Giấy đăng ký hoạt động của Trung tâm hoặc chi nhánh của Trung tâm nếu như đã vi phạm hành chính mà tái phạm<sup>25</sup>. Tuy nhiên, các hành vi vi phạm hành chính thì lại chưa được Nhà nước quy định, do đó, Nhà nước cần tiếp tục có những quy định cụ thể hơn về các hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực hoà giải thương mại đối với cả chủ thể là Trung tâm hoà giải và hoà giải viên thương mại để tạo điều kiện cho hoạt động hoà giải được phát triển tại Việt Nam một cách bền vững.

*(Xem tiếp trang 51)*

<sup>23</sup> Điểm d khoản 1 Điều 24 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>24</sup> Khoản 4, khoản 5 Điều 8 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

<sup>25</sup> Điểm a khoản 1 Điều 30 Nghị định 22/2017/NĐ-CP.

hành và chủ nợ không phải là các công ty con trong cùng một công ty mẹ.

#### 4. Một số nhận xét và kiến nghị pháp lý

Hiện nay, NHTM có nhiều biện pháp để xử lý nợ xấu, tuy nhiên, không có biện pháp nào mang lại hiệu quả tuyệt đối bởi mỗi biện pháp đều có những thuận lợi và khó khăn riêng. Do đó, NHTM có thể lựa chọn một, một số hoặc tất cả biện pháp xử lý nợ để đảm bảo nợ xấu được giải quyết hiệu quả và triệt để nhất tùy vào tình hình nợ xấu và khả năng xử lý nợ xấu của mỗi NHTM.

Đối với giải pháp hoán đổi nợ xấu thành vốn góp vào doanh nghiệp nhà nước hoặc hoán đổi nợ xấu thành cổ phiếu của công ty cổ phần, việc thực hiện giải pháp này của NHTM mang lại nhiều lợi ích cho cả NHTM, doanh nghiệp mang nợ xấu và nền kinh tế. Do đó, việc tạo điều kiện cho các NHTM tiếp tục thực hiện giải pháp này để xử lý nợ xấu thông qua việc hoàn thiện các quy định pháp luật là cần thiết.

Trước hết, Ngân hàng nhà nước cần sớm ban hành Thông tư hướng dẫn thống

nhất việc hoán đổi nợ xấu thành vốn góp doanh nghiệp của các NHTM, trong đó quy định cụ thể về điều kiện, trình tự, thủ tục hoán đổi nợ xấu thành vốn góp. Việc này sẽ tạo được cơ sở pháp lý rõ ràng, giúp các NHTM chủ động trong việc xây dựng và thực hiện các phương án xử lý nợ xấu.

Bên cạnh đó, cần quy định về các biện pháp hỗ trợ của NHTM đối với doanh nghiệp được hoán đổi nợ xấu cũng như các tiêu chuẩn đánh giá khả năng hồi phục của doanh nghiệp mắc nợ.

Ngoài ra, cũng cần thiết lập cơ chế giám sát chặt chẽ từ phía cơ quan nhà nước có thẩm quyền để thúc đẩy hiệu quả xử lý nợ xấu của các NHTM, đảm bảo giải pháp xử lý nợ xấu này không bị lợi dụng nhằm che giấu nợ xấu hay thiết lập các quan hệ sở hữu chéo hoặc các công ty sân sau của các NHTM, đồng thời đảm bảo sự công bằng và hài hòa lợi ích của NHTM và doanh nghiệp mắc nợ khi thực hiện hoán đổi nợ xấu thành vốn góp.

#### *\*(Tiếp theo trang 33 – Pháp luật về hòa giải thương mại...)*

Có thể thấy, cơ chế quản lý của Nhà nước với chủ thể tiến hành hoà giải ở Việt Nam phức tạp hơn rất nhiều so với Đức. Sự khác biệt này nằm ở cách thức vận hành, quản lý nhà nước của mỗi quốc gia. Hơn nữa, ở Việt Nam, ý thức chấp hành pháp luật chưa cao, sự hiểu biết pháp luật của người dân còn kém, Nhà nước có xu hướng thắt chặt quản lý để tránh các rủi ro phát sinh trong thực tế. Tuy nhiên, trong tương lai, khi điều kiện kinh tế - xã hội, ý thức và văn hoá ứng xử được nâng cao, Việt Nam cần xem xét việc nới lỏng quản lý đối với hoạt động này bởi đây là một loại dịch vụ,

không mang tính chất tố tụng xét xử. Bản chất của hoà giải là sự tự nguyện và tự quyết của các bên, bên hoà giải chỉ có vai trò trợ giúp nên hoạt động nghề nghiệp của họ chủ yếu dựa vào các kỹ năng. Nhà nước nên để các hoà giải viên, trung tâm hoà giải tự chịu trách nhiệm về hoạt động nghề nghiệp của mình trước khách hàng. Vai trò của Nhà nước chỉ nên dừng lại ở việc tạo điều kiện cho mô hình hoà giải phát triển, đặt ra các quy định pháp luật về quyền hạn và trách nhiệm các bên trong hoà giải, giảm thiểu các thủ tục hành chính.