

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI GIỮA CÁC THƯƠNG NHÂN BẰNG PHƯƠNG THỨC NGOÀI TÀI PHÁN THƯƠNG LƯỢNG, HÒA GIẢI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

TRẦN THỊ THÚY *

Tóm tắt: Bài viết góp phần làm sáng tỏ về mặt đặc điểm, vai trò và hệ thống pháp luật về giải quyết tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài giữa các thương nhân bằng phương thức ngoài tài phán (thương lượng, hoà giải) từ đó rút ra những kiến nghị nhằm xây dựng và hoàn thiện phương thức giải quyết tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài giữa các thương nhân bằng thương lượng và hòa giải ở Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: Tranh chấp thương mại; yếu tố nước ngoài; thương lượng; hòa giải.

1. Trong bối cảnh toàn cầu hóa hiện nay, hoạt động thương mại có yếu tố nước ngoài (YTNN) ngày càng trở nên sôi động, làm phát sinh nhiều tranh chấp. Những tranh chấp thương mại có YTNN thường mang tính phức tạp, vì vậy quá trình giải quyết kéo dài và chi phí tốn kém. Giải quyết tranh chấp (GQTC) thương mại có YTNN giữa các thương nhân là yêu cầu tất yếu ở bất kỳ quốc gia nào. Các tranh chấp thương mại có YTNN giữa các thương nhân có thể giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải (phương thức ngoài tố tụng tư pháp) và phương thức Tòa án, trọng tài (phương thức tố tụng tư pháp).

Các phương thức GQTC thương mại nói chung và thương mại có YTNN nói riêng được giải quyết bằng thương lượng và hoà giải được ưu tiên và sử dụng phổ biến ở các nước phát triển trên thế giới. Tuy nhiên, ở nước ta các phương thức này còn chưa thực sự được làm sáng tỏ về mặt lý luận và kiểm nghiệm đầy đủ trong thực tiễn. Bài viết sẽ phân tích làm sáng tỏ đặc điểm, vai trò và hệ thống pháp luật về GQTC thương mại có YTNN giữa các

thương nhân bằng phương thức ngoài tài phán (thương lượng, hoà giải) từ đó rút ra những kiến nghị nhằm xây dựng và hoàn thiện phương thức GQTC thương mại có YTNN giữa các thương nhân bằng thương lượng và hòa giải ở Việt Nam hiện nay.

2. Các tranh chấp thương mại có YTNN là tranh chấp phát sinh trong hoạt động thương mại có một trong các yếu tố sau:

- Một bên hoặc các bên có quốc tịch hoặc nơi cư trú ở nước ngoài;
- Căn cứ để xác lập, thay đổi chấm dứt quan hệ có tranh chấp phát sinh ở nước ngoài;
- Tài sản liên quan đến tranh chấp đó ở nước ngoài⁽¹⁾.

Nếu như, phương thức mang tính chất tài phán giải quyết tranh chấp trên phải tuân theo trình tự, thủ tục tố tụng theo quy định của pháp luật thì phương thức thương lượng và hòa giải có những lợi thế nhất định trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại mang tính phức tạp, đó

^(*) ThS Luật, NCS Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội; Giảng viên Khoa Luật, Viện Đại học Mở Hà Nội.

⁽¹⁾ Lâm Chí Anh: *Giải quyết tranh chấp kinh doanh ở Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2009, tr.126.

là tính linh hoạt, trung lập và hòa bình. GQTC thương mại có YTNN giữa các thương nhân bằng thương lượng và hòa giải, cho thấy chúng có đặc thù chung cơ bản là: ý kiến của các bên có vai trò quan trọng trong việc giải quyết tranh chấp giữa họ với nhau. Sự khác biệt cơ bản giữa phương thức hòa giải so với thương lượng là hòa giải có sự tham gia của người thứ ba có uy tín với các bên làm trung gian. Chính vì vậy, điểm đặc thù của nó cũng có sự biến thiên ở mỗi phương thức, làm cho tính quyết định của các bên có chiều hướng giảm dần và tính quyết định của bên thứ ba - hoà giải viên - có chiều hướng tăng dần.

Thương lượng có thể được hiểu là sự trao đổi quan điểm qua lại nhằm đạt được sự thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều bên, chia sẻ một lợi ích chung khi có xung đột, hoặc khi có bất đồng về một số lợi ích khác nhau. Như vậy, thương lượng là một trong những phương pháp cơ bản nhất của sự tương tác và nó là một phương thức giải quyết tranh chấp. Thương lượng có thể được tiến hành dưới dạng ngôn ngữ hoặc ngầm hiểu, công khai hoặc không công khai, trực tiếp hoặc thông qua trung gian, bằng lời nói hoặc bằng văn bản hoặc qua thư từ, email⁽²⁾.

Như vậy, thương lượng chính là cách thức mà theo đó các bên đàm phán với nhau nhằm giải quyết một hoặc nhiều tranh chấp phát sinh giữa các bên và có thể được thực hiện một cách trực tiếp hoặc bằng khiếu nại.

Đối với thương lượng trực tiếp, các bên tranh chấp trong quan hệ thương mại có YTNN trực tiếp gặp mặt nhau hoặc thông qua đại diện của mình tại một địa điểm trên lãnh thổ của một quốc gia. Ưu điểm của phương thức là các bên gặp nhau thể hiện quan điểm của mình một cách trực tiếp, chủ động tìm kiếm giải pháp thống

nhất phù hợp với lợi ích của các bên do đó mà có thể thấu hiểu nhau hơn và nhanh đạt được sự thỏa thuận. Bên cạnh đó, phương thức này cũng có nhược điểm đó là, các bên tranh chấp trong quan hệ thương mại có YTNN thường có trụ sở, nơi cư trú ở các quốc gia khác nhau nên chi phí để đi lại, ăn ở rất tốn kém.

Đối với thương lượng bằng khiếu nại, các bên tranh chấp gửi khiếu nại trong quan hệ thương mại có YTNN cho nhau. Phương thức này thường được tiến hành qua các bước sau: (1) xác định sự cần thiết và mục tiêu khiếu nại; (2) Lập hồ sơ khiếu nại; (3) Gửi hồ sơ khiếu nại trong thời hạn theo luật định hoặc theo quy ước giữa hai bên; (4) Giải quyết khiếu nại, tìm biện pháp giải quyết khiếu nại giữa hai bên. Kết quả của việc khiếu nại được ghi thành biên bản và có giá trị pháp lý như một thỏa thuận mới về vấn đề tranh chấp và việc thi hành thỏa thuận này hoàn toàn trên cơ sở tự nguyện. Như vậy, về mặt kinh tế: khiếu nại là phương thức GQTC vừa tiết kiệm thời gian vừa đỡ tốn chi phí; về mặt hậu quả pháp lý: mang lại nhiều kết quả chính xác hơn. Cho nên, trong các quan hệ thương mại có YTNN, các bên thường lựa chọn phương thức thương lượng bằng khiếu nại để GQTC.

Thương lượng chính là bước tiếp cận đầu tiên mà các bên sử dụng để có thể giải trình về sự bất đồng ý kiến của mình về các nguyên nhân dẫn tới tranh chấp và cách thức khắc phục hậu quả tranh chấp đã phát sinh (ví dụ, hợp đồng không được thực hiện đúng thời hạn, đúng quy định về giá cả, chất lượng, số lượng, phương thức giao hàng...). Qua thương lượng, các bên có thể thấu hiểu quan điểm của nhau hơn

⁽²⁾ HaNoi Law University: *Textbook international trade and business law*, the people's public security publishing house, 2012, pages 996.

và có thể thoả thuận giải quyết được tranh chấp (ví dụ, bên vi phạm hợp đồng thừa nhận hành vi vi phạm hợp đồng của mình và chấp nhận yêu cầu đền bù thiệt hại cho bên bị vi phạm...). Còn trong trường hợp không thể giải quyết dứt điểm tranh chấp, thương lượng cũng giúp các bên nắm bắt được vấn đề các tranh chấp và hiểu rõ hơn quan điểm của bên kia trong các phương thức tiếp theo.

Ưu điểm cơ bản của thương lượng so các phương thức khác thể hiện ở chỗ ít phiền hà và tốn kém. Còn một trong các nhược điểm của phương thức này là ở chỗ, kể cả trong trường hợp các bên có thoả thuận được về việc giải quyết tranh chấp thì kết quả ấy có nguy cơ bị một hoặc cả hai bên xem xét lại và có thể lại tiếp tục khởi kiện ra trọng tài hoặc kiện ra toà án. Nhưng đó chưa phải là nhược điểm chính, mà trên thực tế nhược điểm chính của phương thức đó là các bên thường không thoả thuận được gì cả. Điều này xuất phát từ chỗ, khi đã có tranh chấp thường thì các bên có quan điểm rất khác nhau nên dẫn đến xung đột về lợi ích. Do vậy, giải quyết tranh chấp theo phương thức thương lượng chỉ đạt kết quả khi các bên đều có mong muốn bảo vệ lợi ích chính đáng của nhau và các bên thấy được những hậu quả bất lợi mà hai bên đều gánh chịu khi giải quyết theo phương thức đó không thành. Chính vì vậy, sự thành công của phương thức thương lượng phụ thuộc vào ý thức xây dựng, sự hiểu biết pháp luật và bản chất vụ tranh chấp của các bên.

Hòa giải là phương thức giải quyết tranh chấp, trong đó bên thứ ba, do các bên tranh chấp chỉ định, dàn xếp giữa các bên tranh chấp trước hoặc sau khi họ khởi kiện hoặc sử dụng phương thức trọng tài. Các nỗ lực hòa giải giúp cho các bên thấy được các mặt đối lập của tranh chấp, nhằm đưa các bên xích lại gần nhau và

hướng tới một giải pháp thường đạt được trên cơ sở sự thỏa hiệp của cả hai bên. Có rất nhiều hình thức hòa giải và trong một số hệ thống pháp luật, hòa giải được thể hiện dưới phương thức rất hiện đại⁽³⁾.

Trên thực tế có hai phương thức hòa giải ngoài tố tụng, *thứ nhất*: Hòa giải có sự tham gia của hòa giải viên theo quy tắc hòa giải; *thứ hai*: Hòa giải có sự trợ giúp của chuyên gia, cố vấn pháp lý.

Với dạng hòa giải *thứ nhất*, có thể kể đến hòa giải theo Quy chế hoà giải của UNCITRAL 1980 (Ủy ban thương mại Liên hợp quốc), Bản nguyên tắc hòa giải của Phòng thương mại quốc tế ICC năm 1988. Các quy tắc hòa giải này một mặt khuyến khích các nước áp dụng phương pháp hòa giải, mặt khác để hướng dẫn việc giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng thủ tục hòa giải. Do đó, các bản quy chế này đã đưa ra cách thức xác định người hoà giải, vai trò của người hoà giải và quá trình tiến hành hoà giải. Điều kiện để giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, là khi có tranh chấp về hợp đồng hoặc các quan hệ pháp lý khác, các bên phải có thoả thuận bằng văn bản về việc chọn Quy chế hoà giải.

Từ thời điểm thể hiện sự đồng ý của một bên về hoà giải (có thể không cần bằng văn bản), hai bên sẽ tiến hành chọn người hoà giải. Quy chế hoà giải quy định các bên có thể chọn một hoà giải duy nhất hoặc một ủy ban gồm ba hòa giải viên, trong đó hai hoà giải viên (được hai bên bầu chọn từng người một), mỗi bên chọn một, hai người hoà giải được các bên chọn người thứ ba, trong đó người thứ ba không có quyền đặc biệt như cách người được chọn làm Chủ tịch Ủy ban trọng tài.

⁽³⁾ HaNoi Law University: *Textbook international trade and business law*, the people's public security publishing house, 2012, pages 1000.

Những người hoà giải được các bên lựa chọn không phải là những người đại diện quyền lợi cho các bên. Để đảm bảo tiêu chí này, các bên có thể bầu chọn các đại diện phù hợp tham gia vào quy chế hoà giải. Những người hoà giải phải độc lập, không bị lệ thuộc bất kỳ ai ngoài nguyên tắc khách quan và công bằng, bởi vì nhiệm vụ của họ là đạt được sự hoà giải giữa các bên. Những đề xuất của người hoà giải là kết quả của quá trình trao đổi ý kiến với các bên và từng bên và có thể được đưa ra ở bất kỳ giai đoạn nào của quá trình hoà giải.

Các bên tranh chấp, theo bản Quy chế hoà giải này, phải có trách nhiệm hợp tác thân thiện với nhà hoà giải. Cung cấp cho nhà hoà giải những thông tin cần thiết, sự tiếp cận hồ sơ, tài liệu. Mặc dù vậy, các bên có quyền đưa ra những đề xuất cho nhà hoà giải về việc điều chỉnh tranh chấp.

Từ thời điểm làm sáng tỏ sự việc, nhà hoà giải xác định các điều kiện điều chỉnh có thể - các điều kiện đó vượt ra ngoài khuôn khổ của khả năng giải quyết tranh chấp. Trong trường hợp nếu như tranh chấp đề cập tới sự đánh giá khác nhau về nội dung hợp đồng và phương thức thực hiện nó, việc giải quyết vấn đề có thể mang tính pháp lý hai mặt. Vấn đề này do các bên trực tiếp giải quyết (các bên là người trực tiếp tham gia hợp đồng). *Trong trường hợp thứ nhất*, sẽ đề xuất phương án giải quyết tranh chấp thông qua việc đổi hợp đồng một cách xác định. Việc thông qua hoặc không thông qua đề xuất đó phụ thuộc vào ý nguyện của các bên. *Trong trường hợp thứ hai*, các bên đạt được thoả thuận về việc điều chỉnh tranh chấp thực chất vụ việc và chính họ thay đổi nội dung hợp đồng bằng cách ký thoả thuận bổ sung, ở mức độ đầy đủ nhất thể hiện đề nghị của nhà hoà giải. Khi đó thoả thuận hoà giải mang tính chất bắt buộc đối với các bên. Trong trường hợp này có sự bắt

buộc không phải xuất phát từ hiệu quả thoả thuận trên mà xuất phát từ hiệu lực của hợp đồng mới mà các bên đã ký kết. Từ thời điểm ký kết của thoả thuận bổ sung đối với hợp đồng, sự không tuân thủ từ bất cứ bên nào những chỉ dẫn của nhà hoà giải bị coi như là sự vi phạm thoả thuận và vấn đề đó có thể được Toà án tính tới khi giải quyết tranh chấp ấy (nếu sau này các bên lại đưa tranh chấp ra toà án).

Bản Quy chế hoà giải có một số quy định xác định: chi phí cho quá trình hoà giải giữa các bên, đưa ra cách thức phân bổ chi phí, xác định nguyên tắc phân bổ; nghiêm cấm đưa vụ việc ra Toà án hoặc Trọng tài trong quá trình tiến hành hoà giải; nghiêm cấm nhà hoà giải trở thành trọng tài, quan tòa, luật sư của bất kỳ bên nào, hay người làm chứng trong quá trình giải quyết bằng Trọng tài và Toà án đối với tranh chấp đã giải quyết bằng quy chế hoà giải trên.

Với dạng hòa giải thứ hai, có thể kể đến các dạng hoà giải Mini-Trial và med-arle:

Mini-Trial được áp dụng trong thực tiễn hoạt động của các luật gia Mỹ. Dạng hoà giải này được thực hiện theo phương thức sau đây: trong trường hợp xuất hiện tranh chấp giữa các bên về giải thích nội dung hợp đồng, tiến hành cuộc gặp gỡ giữa các luật sư của các bên, các chuyên gia mà họ lựa chọn với sự có mặt của các cố vấn của các giám đốc để đạt được thoả thuận làm thoả mãn cả hai bên. Các luật sư này không thể đưa ra bất kỳ ý kiến gì nhân danh các thân chủ của mình, mà đơn giản chỉ yêu cầu sự giải quyết quan điểm từ góc độ pháp lý của phía bên kia, đưa ra đề xuất về một số nhượng bộ, song không được đụng chạm tới lợi ích của bên mà họ đại diện.

Sự gặp mặt của các bên luật sư như vậy là phương thức được thoả thuận mới liên quan tới hợp đồng, thông thường các cuộc gặp đó mang tính chất hoàn toàn thực tế.

Kết quả của các cuộc gặp thường được thể hiện là văn bản thỏa thuận hoặc là bản mới của hợp đồng, trong đó thể hiện thỏa thuận mà các bên đã đạt được trong quá trình đàm phán. Các quan điểm của các luật sư, các chuyên gia trên về bất kỳ vấn đề gì có thể bị các bên bác bỏ, kể cả thỏa thuận về nội dung mới của hợp đồng.

Quan điểm mini-trial đồng thời xuất hiện ở các quốc gia theo hệ thống luật châu Âu lục địa. Điều này được thể hiện trong các quy định tố tụng được Phòng Thương mại Zurich thông qua với tên gọi là “the Zurich mini trial Procedure”. Các quy định này được thông qua vào ngày 5/10/1985 có nội dung nói về dạng hoà giải như ở Mỹ đã nêu trên trong đó đại diện là người độc lập, thông thường là luật sư, những người còn lại là các chuyên gia do mỗi bên chọn một⁽⁴⁾.

Đối với dạng hoà giải med-arle: Đây là dạng hoà giải kết hợp hai phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng: hoà giải truyền thống và trọng tài. Dạng hoà giải được tiến hành trong bối cảnh các bên tranh chấp không chấp nhận đề nghị tranh chấp như nhà hoà giải đề xuất. Điểm đặc biệt của dạng hoà giải này thể hiện ở chỗ trọng tài sẽ tự động thông qua quyết định thay thế cho phương thức hoà giải không thành.

Ở các nước phát triển, hoà giải luôn được coi là một trong những phương thức GQTC kinh doanh thương mại quan trọng và có hiệu quả. Xét mặt lập pháp, hoà giải ngày càng được quan tâm và thể chế hóa trên cả bình diện quốc gia, khu vực và quốc tế. Đây cũng là điều giải thích cho việc ra đời các trung tâm hoà giải ở các nước trên thế giới, chẳng hạn như: Trung tâm hoà giải Bắc Kinh (giải quyết các tranh chấp thương mại và hàng hải quốc tế); Quy tắc hoà giải mẫu của UNCITRAL 2002; Phòng Thương mại quốc tế tại

London; Đạo luật Hòa giải thống nhất năm 2001 của ủy ban quốc gia về thống nhất pháp luật Hoa Kỳ; Liên minh châu Âu (Chỉ thị số 2008/52/EC về một số khía cạnh hòa giải các vụ việc dân sự, thương mại).

Xét về mặt thực tiễn quan hệ thương mại quốc tế cho thấy rằng, phương thức Tòa án ít khi được các bên lựa chọn. Trong bối cảnh đó, các phương thức GQTC ngoài Tòa án (thương lượng, hòa giải - trọng tài) tạo cho các bên cơ hội GQTC thông qua diễn đàn trung lập một cách nhanh chóng, thuận tiện. Chính vì vậy, Phòng thương mại quốc tế (ICC) đã xây dựng bộ quy định về thủ tục GQTC ngoài tố tụng có hiệu lực ngày 01/7/2001 định ra khuôn khổ cho việc GQTC thương mại với sự giúp đỡ của một bên trung gian. Quy tắc GQTC ngoài tố tụng của ICC cho phép các bên thỏa thuận về bất cứ phương thức GQTC nào mà họ tin là thỏa đáng, trong đó có hòa giải. Các tranh chấp kinh doanh dù có tính quốc tế hay không đều có thể giải quyết thông qua trình tự tố tụng lựa chọn phù hợp với Quy tắc này.

Các quốc gia trên thế giới cũng gia tăng phương thức GQTC ngoài tố tụng, như: tại Nhật Bản, thủ tục GQTC ngoài tố tụng (hòa giải - trung gian) được đưa vào hoạt động của Tòa án từ năm 1994; Trung tâm Trung gian hòa giải thương mại thuộc Học viện pháp luật Singapore (SCM) thành lập năm 1997 là thiết chế thành công trong phong trào trung gian hòa giải⁽⁵⁾.

Như vậy, hoà giải có ưu điểm hơn thương lượng ở chỗ các bên ngoài việc hiểu được quan điểm của các bên tranh chấp thông qua gặp gỡ với chính bên đó, còn

⁽⁴⁾ Nguyễn Trung Tín, *Giải quyết tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2009, tr. 16-17.

⁽⁵⁾ Bộ Tư pháp Việt Nam và CIDA Canada, Tài liệu Hội thảo GQTC ngoài tố tụng tư pháp (ADR) - thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế, Hà Nội, tháng 4/2008.

được quan điểm khách quan của người thứ ba (nhà hòa giải) về thực chất vụ tranh chấp, về hậu quả pháp lý nếu các bên không đạt được thỏa thuận về giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, hòa giải cũng có nhược điểm hơn thương lượng ở chỗ nó phức tạp hơn, mất công sức hơn (chính các bên phải chọn nhà hòa giải). Do vậy, vấn đề cơ bản là tùy từng loại tranh chấp và ý chí của các bên, tranh chấp của họ cần được giải quyết như thế nào (?)

Phân tích thực trạng giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam có thể thấy phương thức GQTC thương mại có YTNN ở nước ta bằng thương lượng, hòa giải được quy định khá muộn. Để thực hiện đường lối mở cửa và khuyến khích đầu tư nước ngoài, bảo vệ quyền và lợi ích của nhà đầu tư nước ngoài, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa VII, kỳ họp thứ 2 ngày 29 tháng 12 năm 1987 đã ban hành Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam. Tại Điều 25 đã ghi nhận: “Giải quyết các tranh chấp giữa hai bên phát sinh từ hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc hợp đồng liên doanh, cũng như các tranh chấp giữa xí nghiệp liên doanh, xí nghiệp 100% vốn nước ngoài với các tổ chức kinh tế của Việt Nam hoặc giữa các xí nghiệp đó với nhau trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng và hòa giải...”. Sau đó Luật này được thay thế bằng Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996, tại Điều 24 cũng ghi nhận: “Các tranh chấp giữa các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc giữa các bên liên doanh cũng như các tranh chấp giữa các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, các bên tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh với các doanh nghiệp Việt Nam trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải...”. Năm 1997 Quốc Hội ban hành Luật thương mại, theo Điều 239: Hình thức GQTC bao gồm:

“1- Tranh chấp thương mại trước hết phải được giải quyết thông qua thương lượng giữa các bên 2- Các bên tranh chấp có thể thỏa thuận chọn một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân làm trung gian hoà giải...”.

Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 2 tháng 6 năm 2005 về chiến lược cải cách Tư pháp đến năm 2020 đề ra chủ trương: “Khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”. Đây là chủ trương rất quan trọng làm cơ sở cho việc xây dựng các phương thức GQTC thay thế phương thức Tòa án, như thương lượng, hòa giải, trọng tài. Qua đó, nhằm đa dạng hóa các phương thức GQTC trong lĩnh vực thương mại có YTNN, phù hợp với xu thế chung của thế giới cũng như phù hợp với thực tiễn hoạt động thương mại có YTNN diễn ra.

Như vậy, pháp luật hiện hành đã có một số quy định liên quan ghi nhận phương thức thương lượng, hòa giải trong việc GQTC kinh doanh, thương mại nói chung và GQTC kinh doanh, thương mại có YTNN nói riêng nhưng mới chỉ mang tính hình thức. Phương thức này cũng được ghi nhận trong pháp luật thực định ở những nguyên tắc cơ bản, tại điều 12 Bộ Luật Dân sự năm 2005 quy định: “Trong quan hệ dân sự, việc hòa giải giữa các bên phù hợp với quy định của pháp luật được khuyến khích. Không ai được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực khi tham gia quan hệ dân sự, giải quyết các tranh chấp dân sự”.

Năm 2005, trên cơ sở thống nhất các quy định pháp luật thương mại tạo ra một sân chơi chung cho các thương nhân, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã ban hành Luật Thương mại và Luật Đầu tư trên cơ sở tạo ra sự bình đẳng trong điều chỉnh các hoạt động thương mại của các thương nhân, thống nhất luật

đầu tư nước ngoài và luật khuyến khích đầu tư trong nước. Một lần nữa phương thức thương lượng, hòa giải lại được ghi nhận để giải quyết các tranh chấp thương mại nói chung và tranh chấp thương mại có YTNN nói riêng. Điều 11 Luật Thương mại năm 2005 quy định về nguyên tắc tự do, tự nguyện thỏa thuận trong hoạt động thương mại: “các bên có quyền tự do thỏa thuận không trái với các quy định của pháp luật, thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội để xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thương mại...”. Điều 317 Luật Thương mại có quy định hòa giải là một trong những phương thức GQTC, nhưng hình thức này chưa được quy định một cách cụ thể. Điều 12 Luật Đầu tư năm 2005 quy định: “Tranh chấp liên quan đến hoạt động đầu tư tại Việt Nam được giải quyết thông qua thương lượng, hoà giải, Trọng tài hoặc Tòa án theo quy định của pháp luật...”.

Nhờ có các quy định pháp luật nêu trên các thương nhân trong nước và thương nhân nước ngoài có quyền lựa chọn các phương thức để GQTC cho phù hợp với thực tế tranh chấp của mình.

Với những ưu việt của phương thức GQTC bằng thương lượng, cuộc khảo sát của Bộ Tư pháp năm 2011⁽⁶⁾ cho thấy, với 237 cá nhân, tổ chức kinh doanh thì có đến 57,8% ý kiến cho rằng hình thức GQTC ưu tiên của họ là thương lượng, trong khi đó ý kiến sử dụng Tòa án là 46,8%, 22,8% ý kiến chọn hòa giải và chỉ có 16,9% ý kiến cho biết sử dụng trọng tài thương mại.

Tuy nhiên do ở Việt Nam chưa có quy định cho các bên tranh chấp tự thương lượng với nhau là điều kiện bắt buộc trước khi đưa đơn kiện đến cơ quan tài phán, nên việc GQTC bằng thương lượng chỉ được pháp luật khuyến khích trên cơ sở quyền tự định đoạt của các bên đương sự. Vì vậy, cũng giống như các tranh chấp

thương mại trong nước, tranh chấp thương mại có YTNN được giải quyết bằng thương lượng chỉ mang tính chất hình thức và không mang ý nghĩa giải quyết mang tính chất tận gốc tranh chấp phát sinh. Thực tiễn cho thấy, pháp luật Việt Nam chưa có quy định rõ ràng về giá trị pháp lý cũng như hình thức kết quả thương lượng GQTC thương mại có YTNN. Nên kết quả này thường không bị bắt buộc về mặt pháp lý và có nguy cơ bị một hoặc cả hai bên xem xét lại và có thể lại tiếp tục khởi kiện ra trọng tài hoặc toà án.

Cũng do pháp luật không quy định thời gian để tiến hành thương lượng, nên một bên có thể lợi dụng để kéo dài thời gian dẫn đến tình trạng tranh chấp trở nên trầm trọng ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp và làm cho bên còn lại mất quyền khởi kiện GQTC tại các cơ quan tài phán vì thời hiệu yêu cầu giải quyết đã hết.

Ở Việt Nam, phương thức hòa giải đã được sử dụng, nhưng phạm vi và hiệu quả áp dụng còn ở mức khiêm tốn, hơn thế, việc coi phương thức hòa giải là công việc riêng tư của các bên nên pháp luật chưa quy định cụ thể hay hướng dẫn chi tiết về quy trình, thủ tục, nội dung, hiệu lực của phương thức GQTC này.

Hiện tại ở Việt Nam, mới chỉ có Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam (VIAC) xây dựng và ban hành Quy tắc hòa giải. Đây là một nỗ lực lớn của VIAC trong việc định hướng cho các bên lựa chọn hòa giải viên và khuyến nghị trình tự, thủ tục cho các bên lựa chọn làm căn cứ cho quá trình hòa giải ngoài tố tụng tư pháp. Quy tắc hoà giải của VIAC

⁽⁶⁾ Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, chuyên đề về Thực tiễn GQTC thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp, Thông tin khoa học pháp lý, số 10&11/2011.

được quy định ngắn gọn, trong 20 điều và có hiệu lực từ ngày 10/9/2007. Quy tắc hòa giải này áp dụng cho việc hoà giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ pháp lý trong hoạt động thương mại, khi các bên quyết định tiến hành hoà giải tranh chấp thông qua VIAC. Những đặc điểm của chủ yếu của quy tắc hòa giải của VIAC cũng có những điểm tương đồng với Quy tắc hòa giải mẫu của UNCITRAL 2002. Tuy nhiên, việc VIAC ban hành Quy tắc hòa giải năm 2007 cũng chỉ mang tính chất “nội bộ” mà không phải là mô hình hòa giải, cách thức hòa giải mang tính chuyên nghiệp và phổ biến trong lĩnh vực thương mại quốc tế như các nước trên thế giới.

Bên cạnh đó, các nhà kinh doanh ghi nhận vai trò phương thức GQTC bằng hòa giải là một biện pháp mang lại hiệu quả. Theo kết quả điều tra xã hội học của Bộ Tư pháp năm 2011⁽⁷⁾, trong số 367 doanh nghiệp tại Việt Nam (tại Vĩnh phúc, Hải Phòng, Hà Nội, Đà Nẵng, Khánh Hòa, Bình Dương, TP.HCM, Kiên Giang) gặp tranh chấp thương mại quốc tế có 100 doanh nghiệp đã từng GQTC bằng hòa giải (tỷ lệ 26,9%) cao hơn doanh nghiệp chọn phương thức trọng tài và tòa án. Mặc dù các doanh nghiệp đã định hướng lựa chọn việc giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải, nhưng thực tiễn áp dụng GQTC bằng hòa giải vẫn không mang lại hiệu quả và điều đó xuất phát từ những nguyên nhân chính sau đây:

Một là, do chưa có quy định trong pháp luật thương mại về trường hợp tòa án, trọng tài thương mại phải từ chối thụ lý khi các bên đã có thỏa thuận hòa giải, nên vai trò của hòa giải cũng chỉ mang tính chất mờ nhạt, giữa hòa giải và phương thức tài phán không có mối liên hệ với nhau trong khi pháp luật của một số nước như Anh, Australia, Hồng Kông, Singapore...⁽⁸⁾

quy định trách nhiệm của Tòa án từ chối thụ lý vụ tranh chấp nếu các bên chưa đưa vụ tranh chấp đó ra giải quyết bằng một trong những hình thức GQTC thay thế. Nếu các bên quyết định đưa thẳng vụ tranh chấp ra Tòa án, thì phải có lý do xác đáng được Tòa án chấp nhận. Vì vậy, theo xu hướng này Tòa án sẽ ưu tiên công nhận và cho thi hành thỏa thuận hòa giải kể cả khi có việc khởi kiện.

Hai là, trong Bộ luật tố tụng Dân sự cũng chưa có quy định nào bảo đảm tính bí mật của quá trình hòa giải. Đồng thời, trong Bộ luật Dân sự cũng chưa có quy định đảm bảo chứng cứ được các bên đưa ra trong quá trình hòa giải sẽ không được các bên đưa ra làm chứng cứ trong tố tụng tòa án, trọng tài. Điều này có khả năng trở thành rào cản pháp lý đối với sự phát triển của phương thức hòa giải tại Việt Nam.

3. Để phát huy tính linh hoạt, trung lập cũng như khả năng sử dụng các phương thức GQTC thương mại có YTNN bằng thương lượng, hòa giải cần hoàn thiện pháp luật theo hướng:

Thứ nhất, đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất, tránh sự chồng chéo, mâu thuẫn lẫn nhau trong hệ thống pháp luật.

Việc GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải phải đặt trong mối quan hệ qua lại giữa pháp luật điều chỉnh các quan hệ thương mại có YTNN nói riêng và hệ thống pháp luật nói chung. Hay nói cách khác đó là việc quy định thống nhất, đồng bộ giữa quy định pháp luật trong nước và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, giữa các văn bản pháp luật trong nước với nhau

⁽⁷⁾ Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, *chuyên đề về Thực tiễn GQTC thương mại quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam và vai trò của các thiết chế tư pháp, hỗ trợ tư pháp*, Thông tin khoa học pháp lý, số 10&11/2011.

⁽⁸⁾ Bộ Tư pháp Việt Nam và CIDA Canada, *Tài liệu Hội thảo GQTC ngoài tố tụng tư pháp (ADR) - thực tiễn Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế*, Hà Nội, tháng 4/2008.

(giữa văn bản pháp luật chung với văn bản pháp luật chuyên ngành).

Thứ hai, đảm bảo tính khả thi của việc áp dụng pháp luật GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải.

Pháp luật GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải phải có khả năng áp dụng vào thực tiễn, phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội, các điều kiện khách quan và chủ quan cũng như trình độ văn hóa pháp luật của các bộ phận dân cư trong xã hội. Chúng ta cần xây dựng một cơ chế vận hành cho phương thức: thương lượng, hòa giải trong việc GQTC thương mại có YTNN, để thay đổi thói quen và tư duy trong việc sử dụng phương thức này.

Thứ ba, đảm bảo tính công khai, minh bạch của hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải.

Hệ thống văn bản pháp luật cần được đăng tải, công bố một cách đầy đủ nhất, kịp thời, chính xác rõ ràng và ổn định, tạo điều kiện cho các thương nhân nước ngoài có thể tiếp cận pháp luật Việt Nam, đặc biệt những Hiệp định tương trợ tư pháp liên quan đến giải quyết tranh chấp nói chung và GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải nói riêng.

Thứ tư, đảm bảo tính hiện đại của hệ thống pháp luật nói chung và pháp luật GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải.

Pháp luật Việt Nam về GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải phải tiến đến những điểm chung so với pháp luật các nước về giải quyết loại tranh chấp này, như: phải thừa nhận những nguyên tắc chung, các tập quán thương mại, thông lệ quốc tế trong việc giải quyết các tranh chấp thương mại; phải có sự tiếp cận pháp luật các nước trong khu vực và trên thế giới trong việc

xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp đảm bảo cho lợi ích của các bên trong tranh chấp khi lựa chọn phương thức thương lượng, hòa giải. Chính vì vậy, Việt Nam cần tham gia các điều ước quốc tế liên quan đến cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại có YTNN như: Công ước Viena 1980 về mua bán hàng hóa, Công ước Roma 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng, Công ước La Hay ngày 15/11/1965 về Tổng đặt ở nước ngoài giấy tờ tư pháp và ngoài tư pháp liên quan đến dân sự và thương mại.

Trong số những giải pháp hoàn thiện GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức thương lượng, hòa giải có việc sớm ban hành Nghị định về thương lượng - hòa giải, trong đó có quy định điều chỉnh hoạt động GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức này. Nghị định cần được ban hành đảm bảo bổ sung và kịp thời tạo ra cơ sở pháp lý cho việc giải quyết các vấn đề phức tạp trong thực tiễn. Trong đó, nội dung của nghị định này cần quy định các vấn đề cơ bản sau:

Một là, điều kiện GQTC bằng phương thức thương lượng, hòa giải là các bên phải có điều khoản thỏa thuận thương lượng, hòa giải.

Để phương thức GQTC bằng thương lượng, hòa giải là phương thức “hòa bình” mà vẫn đảm bảo hiệu lực của pháp luật, đảm bảo phương thức GQTC bằng thương lượng không bị lạm dụng và làm ảnh hưởng đến quyền sử dụng các phương thức GQTC khác của các bên tranh chấp. Pháp luật cần quy định điều kiện GQTC bằng phương thức thương lượng, hòa giải là các bên tranh chấp ngay từ khi ký kết hợp đồng hoặc khi xảy ra tranh chấp phải thỏa thuận rõ ràng và chi tiết về điều khoản GQTC bằng thương lượng, hòa giải. Điều khoản GQTC này có thể là một điều khoản nằm trong hợp đồng hoặc được độc lập với hợp đồng và đều có giá trị hiệu lực nếu

đảm bảo hiệu lực về hình thức, nội dung, năng lực ký kết thỏa thuận.

Hai là, cần quy định vai trò hỗ trợ của Tòa án đối với tố tụng thương lượng, hòa giải trong việc GQTC thương mại có YTNN.

Xuất phát từ bản chất “hòa bình” trong tố tụng ngoài tài phán, các bên không thể nhân danh quyền lực nhà nước để thực hiện một số công việc phát sinh trong việc giải quyết tranh chấp. Mặt khác, để đáp ứng nhu cầu của các thương nhân trong việc giải quyết nhanh chóng, dứt điểm các tranh chấp thương mại nói chung và tranh chấp thương mại có YTNN nói riêng. Vì vậy, pháp luật cần quy định vai trò hỗ trợ của Tòa án đối với hoạt động tố tụng ngoài tài phán nhằm đảm bảo hiệu lực của hoạt động này. Cụ thể là: *thứ nhất*, xem xét hiệu lực của thỏa thuận thương lượng, hòa giải; *thứ hai*, thi hành thỏa thuận giải quyết tranh chấp.

Ba là, quy định trình tự - thủ tục GQTC thương mại có YTNN bằng thương lượng gồm: hình thức thương lượng: trực tiếp hoặc thông tin qua khiếu nại; thành phần tham gia thương lượng (đại diện của các bên); cách lập biên bản về hợp giải quyết; giá trị pháp lý về các biên bản giải quyết; thời gian tối đa để tiến hành thương lượng GQTC; cam kết thi hành các thỏa thuận đạt được.

Bên cạnh đó, pháp luật tố tụng cần quy định rõ thời hiệu khởi kiện được tính từ khi kết thúc những nỗ lực cuối cùng để thương lượng giữa các bên nhưng không đạt được sự thỏa hiệp.

Thứ hai, sớm ban hành Nghị định về hòa giải trong đó có quy định điều chỉnh hoạt động GQTC thương mại có YTNN bằng phương thức này, bằng cách:

Tạo dựng một chính sách công khai, chính thức khuyến khích các bên tự GQTC theo thứ tự ưu tiên: hòa giải được thực hiện sau khi kết thúc những nỗ lực cuối cùng để thương lượng giữa các bên. Do đó,

khi đã có điều khoản thỏa thuận hòa giải hoặc một lời đề nghị của một bên mà không có sự phản đối của bên còn lại về việc GQTC giữa các bên, thì sự thỏa thuận đó cũng mang tính chất ràng buộc như một “hợp đồng”. Trong trường hợp này, nếu có một bên khởi kiện ra Tòa án, Tòa án phải từ chối thụ lý. Cần quy định trình tự, thủ tục mang tính giống tố tụng cho hòa giải với tính cách là những thủ tục GQTC thương mại nhằm đảm bảo hiệu quả, tránh mất thời gian, tiết kiệm chi phí, thể thiện ý của các bên giải quyết các bất đồng của họ bằng hình thức hòa giải và có thể tạo ra sự ràng buộc cho các bên tranh chấp v.v. Pháp luật phải điều chỉnh các nội dung cần thiết sau: hình thức hòa giải; Hòa giải vụ việc hoặc hòa giải quy chế; thành phần tham gia hòa giải (đại diện của các bên); tiêu chuẩn của hòa giải viên; các trường hợp hòa giải viên phải từ chối hoặc không được tham gia tố tụng trọng tài và Tòa án; cách lập biên bản về hợp giải quyết; giá trị pháp lý về các biên bản giải quyết (chính là thỏa thuận mới của các bên); thời gian tối đa để tiến hành hòa giải GQTC; cam kết thi hành các thỏa thuận đạt được; biện pháp chế tài nếu các bên không tuân thủ trình tự thủ tục pháp luật quy định; thủ tục và biện pháp cưỡng chế thi hành kết quả hòa giải thành khi một bên không tự nguyện thi hành thỏa thuận đạt được.

Và cuối cùng cần hỗ trợ xúc tiến hình thành một mạng lưới các Trung tâm hòa giải thương mại và hình thành, đào tạo - bồi dưỡng đội ngũ hòa giải viên; xây dựng các bộ quy tắc về hòa giải. Cần nghiên cứu, tham khảo pháp luật và thông lệ quốc tế về GQTC thương mại để tiếp thu những điểm hợp lý, phổ biến và có chọn lọc để xây dựng và hoàn thiện pháp luật Việt Nam về GQTC thương mại nói chung và tranh chấp thương mại có YTNN nói riêng bằng hòa giải.