

CHỨNG CỨ TRONG TỔ TỤNG TRỌNG TÀI: NHÌN TỪ THỰC TIỄN VÀ KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

EVIDENCE IN ARBITRATION: THE VIEW FROM PRACTICE AND INTERNATIONAL EXPERIENCE

Điều phối | Moderator



PGS. TS Trần Việt Dũng

Trưởng Khoa Luật Quốc tế Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Trọng tài viên VIAC

Assoc. Prof. Tran Viet Dzung – Dean of the Faculty of International Law – HCMC University of Law, VIAC's Arbitrator

PGS. Bùi Xuân Hải



Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Luật TP. HCM, Trọng tài viên VIAC

Assoc. Prof. Bui Xuan Hai – Vice Rector of HCMC University of Law, VIAC's Arbitrator

Ông Vũ Lê Bằng



Luật sư thành viên Nishimura & Asahi

Mr. Vu Le Bang – Partner of Nishimura & Asahi

LS. Đỗ Khôi Nguyên



Luật sư thành viên YKVN, Thành viên nhóm Giải quyết tranh chấp và Trọng tài quốc tế của YKVN

Mr. Do Khoi Nguyen – Partner of YKVN, Member of YKVN's International Arbitration and Dispute Resolution practice

Ông Ng Kim Beng



Phó Giám đốc Rajah & Tann Singapore

Deputy Managing Partner of Rajah & Tann Singapore LLP

Ông Lee Huyngkeun



Luật sư thành viên Công ty Luật TNHH Kim & Chang

Mr. Lee Huyngkeun – Partner of Kim & Chang

GS. Walid Ben Hamida



Giáo sư Luật tại University of Paris-Saclay (Evry-Val d'Essonne), Trọng tài viên Tòa Trọng tài Quốc tế ICC

Prof. Walid Ben Hamida – Professor of Law at the University of Paris-Saclay (Evry-Val d'Essonne), Arbitrator of the International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Court

01

Loại chứng cứ và mức độ sử dụng các loại chứng cứ trong tổ tụng trọng tài

Types of evidence and using evidence in arbitral proceedings

02

Thực tiễn phát sinh trong hoạt động thu thập, đệ trình chứng cứ

Issues arising in taking and submission of evidence

03

Báo cáo của người làm chứng chuyên gia – Kinh nghiệm quốc tế và tính khả thi khi áp dụng tại Việt Nam

Reports of expert witnesses – International approach and the feasibility of applying the expert reports in Vietnam

04

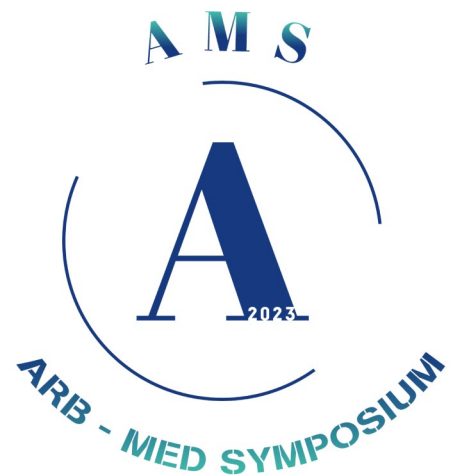
Vấn đề công nhận và đánh giá chứng cứ của Hội đồng Trọng tài trong tổ tụng trọng tài quốc tế

Issues of recognition and non-recognition of evidence in arbitral proceedings

05

Kiến nghị đối với quy định liên quan đến vấn đề chứng cứ trong tổ tụng trọng tài tại Việt Nam

Recommendations for completing the laws relating to evidence in arbitration of Vietnam





VIAC



CHỨNG CỨ TRONG TỔ TỤNG TRỌNG TÀI: TỪ QUY ĐỊNH PL ĐẾN THỰC TIỄN TỔ TỤNG

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

PGS.TS. Bùi Xuân Hải - Phó Hiệu trưởng ĐH Luật TP.HCM, Trọng tài viên VIAC



0



VIAC



Nội dung


- Khái quát quy định về chứng cứ trong tố tụng trọng tài
- Hoạt động thu thập & đánh giá chứng cứ trong thực tiễn Tố tụng trọng tài

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023




1

1



ARR – MED SYMPOSIUM

2023

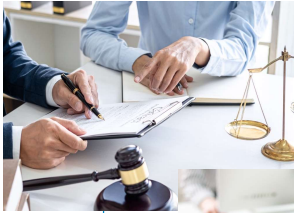





Quy định về thu thập & đánh giá chứng cứ



Các nguồn QĐ:



- Luật TTTM 2010 (Điều 46, 47), NQ 01/2014 của HĐTP (Điều 11)
- Bộ luật TTDS 2015 (Điều 6, 7, 70, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 106, 108, 109, 198, 475, 489)
- Quy tắc tố tụng của tổ chức trọng tài
- Quy tắc IBA .. ?
- Các PO của HĐTT ..?

→ **Vai trò của mỗi loại ?**

2

2



ARR – MED SYMPOSIUM

2023



Quy định về thu thập & đánh giá chứng cứ

- **Luật TTTM 2010**
Điều 11. Về đề nghị Tòa án thu thập chứng cứ, triệu tập người làm chứng quy định tại Điều 46 và Điều 47 Luật TTTM
- **NQ 01/2014 của HĐTP**
Điều 46. Thẩm quyền của Hội đồng trọng tài về thu thập chứng cứ
Điều 47. Thẩm quyền của Hội đồng trọng tài về triệu tập người làm chứng













3

3



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION SYMPOSIUM



Quy định về thu thập & đánh giá chứng cứ

- **Bộ luật TTDS 2015:**
 - Điều 6. Cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự
 - Điều 7. Trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền
 - Điều 70. Quyền, nghĩa vụ của đương sự
 - Điều 91: Nghĩa vụ chứng minh
 - Điều 93. Chứng cứ
 - Điều 94. Nguồn chứng cứ
 - Điều 95. Xác định chứng cứ**
 - Điều 96. Giao nộp tài liệu, chứng cứ
 - Điều 97. Xác minh, thu thập chứng cứ
 - Điều 106. Yêu cầu CQ, TC cá nhân cung cấp tài liệu, chứng cứ
 - Điều 108. Đánh giá chứng cứ**
 - Điều 109. Công bố và sử dụng tài liệu, chứng cứ
 - Điều 198. Nhiệm vụ, quyền hạn của Thẩm phán khi lập hồ sơ vụ án
 - Điều 475. Thu thập chứng cứ ở nước ngoài
 - Điều 489. Xử lý hành vi cản trở hoạt động xác minh, thu thập chứng cứ của người tiến hành tố tụng

4

4



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION SYMPOSIUM




Quy định về thu thập & đánh giá chứng cứ

- **Quy tắc VIAC**
 1. Điều 19. Thẩm quyền thu thập chứng cứ của Hội đồng Trọng tài
 2. Điều 20: Thẩm quyền triệu tập người làm chứng của Hội đồng Trọng tài
 3. Điều 25.4. Phiên họp giải quyết vụ tranh chấp

Tương tự quy định Điều 46, 47 của Luật TTTM ...(trừ Đ 20.3 ...không logic với Đ 20.2)


5

5



ARR – MED SYMPOSIUM

2023




Thực tiễn tố tụng trọng tài

HĐTT có được tự quyết định việc ban hành PO hoặc áp dụng Quy tắc IBA ko?

- Việc HĐTT ban hành PO về lịch biểu tố tụng và cung cấp chứng cứ
- Các khả năng:
 - a) Ít nhất 1 bên ko đồng ý
 - b) 2 bên đồng ý
 - c) HĐTT tự ban hành


38.5. VIAC Rules:
Đối với các vấn đề không được quy định trong Quy tắc này, Trung tâm và Hội đồng Trọng tài có quyền hành động theo tinh thần của Quy tắc này và nỗ lực giải quyết vụ tranh chấp một cách công bằng và hiệu quả.

Có nên tự tin quá ko?




6

6




ARR – MED SYMPOSIUM

2023




Một vài nhận xét:

1. Bộ luật TTDS 2015 có quy định cụ thể về CC, thu thập, đánh giá CC hơn rất nhiều so với Luật TTTM 2010
2. Các nguồn quy định bổ sung (ngoài Luật TTTM) cho Tố tụng TT ... còn hạn chế, mang tính chủ quan, phụ thuộc nhiều vào quan điểm/ý chí của HĐTT
3. Sự thiếu vắng các quy định cụ thể ... gây khó khăn cho HĐTT hành động... có thể bị rủi ro hủy PQTT




7

7



ARR – MED SYMPOSIUM

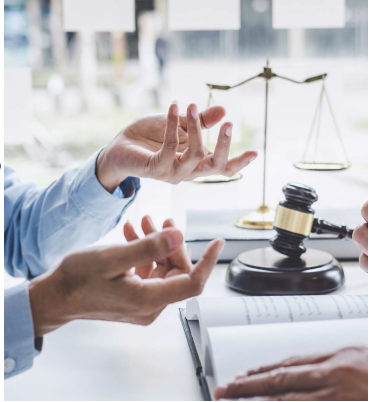
2023



Một số vấn đề từ thực tiễn Tố tụng Trọng Tài

Thực tiễn Tố tụng Trọng tài

1. Tài liệu nào được coi là chứng cứ?
2. Chủ thể nào có Q hoặc NV phải thu thập, cung cấp CC ? Khi nào?
 - Các bên?
 - HĐTT ?
 - CQ, Tổ chức, cá nhân khác ?
3. HĐTT yêu cầu mà các bên ko cung cấp? Cách xử lý & hậu quả?
4. Thu thập CC giữa các bên: 1 Bên yêu cầu Bên kia cung cấp?



8

8



ARR – MED SYMPOSIUM

2023



Một số vấn đề từ thực tiễn Tố tụng Trọng Tài

Có được coi là chứng cứ không?

Vụ kiện xxx/2019:

- BD yêu cầu giám định tuổi mực của 5 giấy UQ (từ 2016) là cơ sở để ND tuyên bố chấm dứt HĐ với BD, vì 5 UQ này mới xuất trình trong vụ kiện này. Nhưng ND từ chối cung cấp tài liệu để giám định theo yêu cầu của Tổ chức GD
- BD yêu cầu cho đối chiếu tất cả tài liệu photocopy mà ND đã nộp cho HĐTT với tài liệu gốc Nhưng ND chỉ cung cấp được 50% để đối chiếu.

↳ | **Vậy HĐTT có coi các tài liệu đó là chứng cứ ko?**



9

9



ARB – MED SYMPOSIUM

2023



Một số vấn đề từ thực tiễn Tố Tụng Trọng Tài

HĐTT có nghĩa vụ phải thu thập CC theo yêu cầu của 1 hoặc các bên không?

- Vụ kiện ..xx/21: NĐ yêu cầu HĐTT thu thập CC là hồ sơ nộp thuế 2019, 2020 của NĐ từ Cục Thuế tỉnh Đồng Nai vì họ yêu cầu mà Cục thuế ko trả lời
- Vụ kiện .. xx/20: NĐ yêu cầu HĐTT thu thập CC là tài liệu về quan hệ HĐ giữa BĐ và Cty Q, vì họ yêu cầu nhưng cả BĐ và Cty Q từ chối với lý do đó là bí mật KD



10

10



ARB – MED SYMPOSIUM

2023



Một số vấn đề từ thực tiễn Tố Tụng Trọng Tài

Vấn đề hợp pháp hóa lãnh sự hoặc sao y (chứng thực) tài liệu vụ kiện

- CC là tài liệu bằng tiếng nước ngoài có cần hợp pháp hóa lãnh sự không?
- Các tài liệu nộp cho HĐTT có bắt buộc phải được sao y không?

↳ Thực tế: các bên nộp bản photocopy và có thể thêm chữ ký/đóng dấu sao y của chính bên đó



11

11



ARB – MED SYMPOSIUM

2023



Một số vấn đề từ thực tiễn Tố Tụng Trọng Tài

Một số đề xuất:

- Luật TTTM nên bổ sung thêm các quy định về chứng cứ, thu thập, đánh giá chứng cứ (như Bộ luật TTDS)
- Các Tổ chức TTTM nên có các quy định cụ thể hơn trong Quy tắc Tố tụng trọng tài về vấn đề thu thập & đánh giá chứng cứ
- HĐTT cần có PO về vấn đề cung cấp chứng cứ & lịch biểu tố tụng



12

12





THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM

2023



13



VIAC



THỰC TIỄN PHÁT SINH TRONG HOẠT ĐỘNG THU THẬP, ĐỆ TRÌNH CHỨNG CỨ

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

LS. Đỗ Khôi Nguyên – Luật sư thanh viên YKVN, Thành viên nhóm Giải quyết tranh chấp và Trọng tài quốc tế của YKVN



0



VIAC



NỘI DUNG CHÍNH


- Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ
- Mức độ cần thiết, quan trọng của chứng cứ và thời điểm đệ trình

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023




1

1



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION






ARB – MED SYMPOSIUM ■ **2023**

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ

Quyền và nghĩa vụ của các bên về việc cung cấp chứng cứ cho Hội đồng Trọng tài


- Nguyên đơn có nghĩa vụ trình bày cơ sở và cung cấp chứng cứ khởi kiện (nếu có) trong đơn khởi kiện (Điều 30.2(d), Luật TTTM);
- Bị đơn có nghĩa vụ trình bày cơ sở và cung cấp chứng cứ tự bảo vệ (nếu có) trong bản tự bảo vệ (Điều 35.1(c), Luật TTTM);
- Các bên có quyền và nghĩa vụ cung cấp chứng cứ cho Hội đồng Trọng tài để chứng minh các sự việc có liên quan đến nội dung đang tranh chấp.

Như vậy, việc cung cấp chứng cứ vừa là quyền nhưng cũng vừa là nghĩa vụ của các bên






2

2



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION






ARB – MED SYMPOSIUM ■ **2023**

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ


Quyền thu thập chứng cứ của các bên đối với nhau và thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài yêu cầu một bên cung cấp chứng cứ mà bên kia cần thu thập

- Luật TTTM không quy định về quyền của một bên yêu cầu bên kia cung cấp thông tin, tài liệu có liên quan đến việc giải quyết tranh chấp; không quy định về trường hợp mà theo yêu cầu của một bên, Hội đồng Trọng tài sẽ can thiệp và yêu cầu bên kia cung cấp thông tin, tài liệu có liên quan.
- Bộ luật mẫu UNCITRAL chỉ quy định chung là, phụ thuộc vào các quy định tại Bộ luật mẫu UNCITRAL, các bên có quyền tự do thỏa thuận về thủ tục mà Hội đồng Trọng tài sẽ áp dụng (Điều 19.1).


3

3



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION
SYMPOSIUM

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ




Quyền thu thập chứng cứ của các bên đối với nhau và thẩm quyền của Hội đồng Trọng tài yêu cầu một bên cung cấp chứng cứ mà bên kia cần thu thập (tt.)

- Điều 19.1 của Quy tắc VIAC (2017) quy định “Hội đồng Trọng tài có quyền yêu cầu các bên cung cấp chứng cứ; các bên có nghĩa vụ phải cung cấp chứng cứ.”
- Điều 27.f của Quy tắc SIAC (2016) quy định là, trừ trường hợp bị cấm bởi các quy định bắt buộc của luật pháp áp dụng cho tố tụng trọng tài, Hội đồng Trọng tài có quyền “yêu cầu một bên xuất trình cho Hội đồng Trọng tài và các bên khác kiểm tra, và cung cấp các bản sao các tài liệu mà bên đó đang nắm giữ hoặc kiểm soát mà Hội đồng Trọng tài xét thấy có liên quan tới vụ việc và cần thiết cho việc kết luận vụ việc”
- Điều 25.1 và Điều 25.4 của Quy tắc ICC (2021) quy định là “Hội đồng Trọng tài sẽ tiến hành trong thời gian ngắn nhất có thể để xác định các sự kiện liên quan đến vụ kiện thông qua toàn bộ các biện pháp phù hợp” và “vào bất kỳ thời điểm nào của vụ kiện, Hội đồng Trọng tài có thể yêu cầu bất kỳ bên nào cung cấp các chứng cứ bổ sung”


4

4



AMS
ARBITRATION
MEDIANATION
SYMPOSIUM

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ




Quyền yêu cầu bên thứ ba cung cấp tài liệu, yêu cầu người làm chứng cung cấp tài liệu và triệu tập người làm chứng


- Trong thông lệ trọng tài quốc tế, các bên hoặc Hội đồng Trọng tài thường không có thẩm quyền yêu cầu bên thứ ba cung cấp tài liệu.
- Điều 46.5 Luật TTTM quy định việc một hoặc các bên hoặc Hội đồng Trọng tài có thể gửi văn bản đề nghị Tòa án có thẩm quyền yêu cầu một bên thứ ba cung cấp tài liệu hoặc hiện vật liên quan đến vụ tranh chấp.
- Điều 46.2 và Điều 47 Luật TTTM quy định việc Hội đồng Trọng tài, theo yêu cầu của một hoặc các bên, có quyền yêu cầu người làm chứng cung cấp thông tin, tài liệu, và/hoặc yêu cầu người làm chứng có mặt tại phiên họp giải quyết tranh chấp.

5

5



AMS
ARBITRATION
MEDIAN



ARB – MED SYMPOSIUM


■

2023

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ


Thực tiễn tại Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế về quy trình, thủ tục đối với cung cấp, thu thập chứng cứ

- Một Hội đồng Trọng tài theo hệ thống dân luật thường có xu thế áp dụng truyền thống tố tụng tòa án dân luật – hội đồng xét xử là người chủ động tiến hành thu thập chứng cứ, mà không cần đợi các bên yêu cầu.
- Một Hội đồng Trọng tài theo hệ thống thông luật thường có xu thế áp dụng truyền thống tố tụng tòa án thông luật – hội đồng xét xử chỉ đóng vai trò đứng giữa (trọng tài – referee), trách nhiệm thu thập, cung cấp chứng cứ là trách nhiệm của các bên tức là các bên phải chủ động đưa ra yêu cầu thông tin, tài liệu đối với nhau, và Hội đồng Trọng tài sẽ hỗ trợ đưa ra các biện pháp bắt buộc một bên phải cung cấp, nếu Hội đồng Trọng tài cho rằng yêu cầu cung cấp thông tin, tài liệu là phù hợp và cần thiết.




6

6



AMS
ARBITRATION
MEDIAN



ARB – MED SYMPOSIUM


■

2023

Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ


Thực tiễn tại Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế về quy trình, thủ tục đối với cung cấp, thu thập chứng cứ (tt.)

- Trong một số vụ kiện trọng tài VIAC tại Việt Nam, Hội đồng Trọng tài áp dụng phương thức tự mình chủ động xác định thông tin, tài liệu nào là cần thiết và theo đó yêu cầu các bên cung cấp; không đưa ra một quy trình, thủ tục, và lịch trình về việc một bên thu thập thông tin, tài liệu từ bên kia để các bên tuân theo. Trong một số vụ kiện trọng tài VIAC khác, Hội đồng Trọng tài lại tiếp cận theo truyền thống thông luật, và cũng là thông lệ trọng tài quốc tế hiện nay.
- Theo thông lệ trọng tài quốc tế hiện nay, Hội đồng Trọng tài sẽ, trong thời gian sớm nhất có thể, xác định quy trình, thủ tục, và lịch trình liên quan đến quyền và nghĩa vụ cung cấp, thu thập thông tin, tài liệu của các bên, và đưa các quy định này vào một Lệnh về Thủ tục Tố tụng. Hội đồng Trọng tài thường sẽ soạn các quy trình, thủ tục chính dựa trên Quy tắc IBA.




7

7




AMS
ARBITRATION
MEDIANATION



Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ


Thực tiễn tại Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế về quy trình, thủ tục đối với cung cấp, thu thập chứng cứ (tt.)

- Tuy nhiên, Quy tắc IBA cần được sử dụng với sự cẩn trọng nhất định.
- Ở Việt Nam thì đã có ít nhất một quyết định của Tòa án (Quyết định số 11/2019/QĐ-PQTT ban hành bởi Tòa án Nhân dân Hà Nội ngày 14 tháng 11 năm 2019) tuyên hủy một phán quyết trọng tài VIAC vì, ngoài một số lý do khác, Hội đồng Trọng tài đã “tham chiếu Quy tắc IBA để hạn chế xem xét những tài liệu chứng cứ mà bị đơn đã giao nộp trong quá trình tố tụng là ảnh hưởng đến quyền lợi của bị đơn”.
- Nên hạn chế việc dẫn chiếu và áp dụng trực tiếp Quy tắc IBA mà nên soạn các quy trình, thủ tục liên quan dựa trên Quy tắc IBA nhưng có điều chỉnh để phù hợp với các quy định tương ứng về chứng cứ của pháp luật trọng tài Việt Nam.




8

8




AMS
ARBITRATION
MEDIANATION



Quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia tranh chấp và Hội đồng Trọng tài trong việc thu thập chứng cứ


Thực tiễn tại Việt Nam và kinh nghiệm quốc tế về quy trình, thủ tục đối với cung cấp, thu thập chứng cứ (tt.)

- Theo Luật TTTM thì các bên có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ “chứng minh các sự việc có liên quan đến nội dung đang tranh chấp” nhưng theo Quy tắc IBA thì các bên chỉ có nghĩa vụ cung cấp các chứng cứ “liên quan tới vụ việc và ảnh hưởng đến kết quả vụ việc” tức là một khái niệm hẹp hơn.
- Phương pháp “suy luận bất lợi” (adverse inference) của Quy tắc IBA mà theo đó việc một bên không tuân thủ chỉ thị cung cấp chứng cứ từ Hội đồng Trọng tài cho phép Hội đồng Trọng tài suy luận rằng chứng cứ đó là bất lợi cho bên đó. Luật TTTM tuy nhiên không có khái niệm này.




9

9





AMS
ARBITRATION
MEDICATION SYMPOSIUM



VIAC

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023


Mức độ cần thiết, quan trọng của chứng cứ và thời điểm đệ trình


01. Theo Redfern & Hunter về Trọng tài Quốc tế, “các kết quả cuối cùng của đa số các vụ kiện trọng tài quốc tế (60-70%) thường căn cứ vào sự thật thực tế hơn là dựa trên việc áp dụng các quy tắc pháp luật liên quan” và “việc tìm hiểu sự thật là một trong những chức năng quan trọng nhất của một hội đồng trọng tài, và đây cũng là nhiệm vụ hội đồng trọng tài thực hiện rất nghiêm túc”
02. Giữa hai loại chứng cứ là vật chứng (tài liệu, văn bản, bản khai) và lời khai nhân chứng thì vật chứng có giá trị quan trọng và đáng tin cậy hơn. Giáo sư Gary Born đã tổng kết là “nhìn chung, trọng tài quốc tế có xu hướng tin tưởng nhiều hơn vào các chứng cứ bằng văn bản hơn là lời khai”

10

10





AMS
ARBITRATION
MEDICATION SYMPOSIUM



VIAC

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

Mức độ cần thiết, quan trọng của chứng cứ và thời điểm đệ trình

- Luật TTTM không quy định yêu cầu các bên nộp toàn bộ chứng cứ một lần. Các bộ quy tắc trọng tài thông dụng cũng như thông lệ quốc tế cũng không có quy định này.
- Tại Việt Nam, trong một số vụ kiện trọng tài VIAC, có trường hợp các bên chỉ nộp một số chứng cứ kèm theo Đơn khởi kiện hoặc Bản tự bảo vệ rồi đợi đến gần sát ngày tổ chức phiên họp giải quyết vụ tranh chấp mới nộp bổ sung chứng cứ, gây nhiều khó khăn cho Hội đồng Trọng tài.
- Kinh nghiệm thực tiễn cho thấy nếu Hội đồng Trọng tài không ban hành một lịch trình tố tụng trong đó có các thời hạn về việc cung cấp chứng cứ thì dễ tạo cơ hội cho một hoặc các bên trì hoãn việc nộp đầy đủ chứng cứ có liên quan đến nội dung vụ tranh chấp.

Các bên cần lưu ý đến nghĩa vụ chứng minh của mình và đảm bảo việc nộp đủ chứng cứ cũng như nộp đúng thời điểm để Hội đồng Trọng tài có đủ thời gian xem xét các chứng cứ đó trong quá trình tố tụng trọng tài.

11

11



VIAC 

THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023







VIAC




THU THẬP CHỨNG CỨ TRONG TRỌNG TÀI: SO SÁNH GIỮA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ PHÁP LUẬT NHẬT BẢN

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

Ông Vũ Lê Bằng – Luật sư thành viên Nishimura & Asahi




0



AMS
A
ARB – MED SYMPOSIUM

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

VIAC




NỘI DUNG


- 01** Các vấn đề chung về chứng cứ
- 02** Nhân chứng sự việc
- 03** Nhân chứng chuyên gia
- 04** Q&A

1

1



AMS
ARB - MED SYMPOSIUM




Các vấn đề chung về chứng cứ

Luật áp dụng cho việc thu thập chứng cứ trong tố tụng trọng tài


- Tại **Việt Nam**, Luật Trọng tài thương mại (TTTTM) 2010: quy định thẩm quyền của HĐTT trong việc thu thập chứng cứ (Điều 46, 47);

 Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS) 2015: các quy định chung về chứng cứ (Chương VII); Luật mềm, như Bộ Nguyên tắc IBA về Thu thập chứng cứ trong trọng tài quốc tế (Nguyên tắc IBA): có thể được sử dụng trên cơ sở thỏa thuận giữa các bên (Điều 4.1 Luật TTTM).
- Tại **Nhật Bản**, Luật Trọng tài 2003 (JAL): quy định thẩm quyền HĐTT trong thu thập chứng cứ (Điều. 26); BLTTDS 1996 (JCCP): được sử dụng như hướng dẫn trong trọng tài trong nước; Nguyên tắc IBA thường xuyên được sử dụng trong trọng tài quốc tế như một hướng dẫn và HĐTT có quyền không sử dụng Nguyên tắc này.




2

2



AMS
ARB - MED SYMPOSIUM



Các vấn đề chung về chứng cứ


Tiết lộ/thu thập chứng cứ trong tố tụng trọng tài

- Tại **Việt Nam**, các bên có trách nhiệm cung cấp chứng cứ chứng minh cho yêu cầu và lập luận của mình (Luật TTTM – Điều. 46).

 HĐTT có quyền yêu cầu người làm chứng cung cấp chứng cứ, tham khảo ý kiến của các chuyên gia, và triệu tập người làm chứng. (Luật TTTM – Điều. 46-47).

 Pháp luật không quy định liệu các bên trong tố tụng trọng tài có quyền yêu cầu bên còn lại cung cấp tài liệu → yêu cầu HĐTT.
- Tại **Nhật Bản**, các bên có thể thỏa thuận về việc lựa chọn nguyên tắc tiết lộ/thu thập chứng cứ. Trong trường hợp không có thỏa thuận, HĐTT có quyền tiến hành tố tụng trọng tài theo cách thức mà hội đồng trọng tài cho là phù hợp.

Trên thực tế, các trọng tài viên Nhật Bản có xu hướng áp dụng thủ tục tương tự tòa án Nhật Bản, theo đó việc tiết lộ hạn chế tài liệu được phép. Trong những năm gần đây, Nguyên tắc IBA thường được sử dụng làm hướng dẫn cho việc xuất trình chứng cứ, nhưng phạm vi còn hạn chế.



3

3



ARR – MED SYMPOSIUM

2023



Các vấn đề chung về chứng cứ

Tiêu chí chấp nhận và đánh giá chứng cứ




- Tại **Việt Nam**, Luật TTTM không quy định, Điều 108 BLTTDS quy định chứng cứ phải được đánh giá về tính hợp pháp, tính liên quan và giá trị chứng minh.
- Tại **Nhật Bản**, JAL không có tiêu chí về đánh giá và chấp nhận chứng cứ. Trên thực tế, tổ tụng tòa án có liên quan chứng cứ được tham khảo, theo đó thẩm phán được tự do đánh giá chứng cứ.


4

4




ARR – MED SYMPOSIUM

2023



Các vấn đề chung về chứng cứ


Thời hạn nộp chứng cứ trong tố tụng trọng tài





- Cả **Việt Nam** và **Nhật Bản** đều không có quy định về vấn đề này. Các vấn đề chung về chứng cứ
- Trong thực tiễn tại **Việt Nam**, quy tắc tố tụng, như Quy tắc VIAC, quy định thời hạn cuối nộp chứng cứ là trước khi kết thúc phiên họp giải quyết tranh chấp cuối cùng.
- Trong thực tiễn tại **Nhật Bản**, HĐTT sẽ không chấp nhận việc nộp chứng cứ muộn nếu việc nộp muộn làm trì hoãn việc kết thúc quá trình tố tụng. HĐTT quốc tế tại Nhật Bản thường đưa ra hạn chót để cung cấp bằng chứng mới.

5

5





AMS
ARB - MED SYMPOSIUM
2023



Nhân chứng sự việc


Lời khai nhân chứng, thủ tục phiên trọng tài xem xét nhân chứng và kiểm tra chéo


- Cả luật Việt Nam và Nhật Bản đều không quy định vấn đề này. HĐTT được tự do tiến hành phiên trọng tài xem xét nhân chứng sự việc và kiểm tra chéo một cách phù hợp.
- HĐTT có quyền yêu cầu nhân chứng cung cấp thông tin và tài liệu.
- Trong thực tiễn tại Nhật Bản, thường có phòng vấn kiểm tra trực tiếp nhân chứng ngăn trước phiên kiểm tra chéo kéo dài hơn.
- Trình tự phỏng vấn bắt đầu từ bên có yêu cầu phỏng vấn, đến bên còn lại và cuối cùng là trọng tài
- Lời khai nhân chứng thường được nộp trước buổi phỏng vấn.

6

6





AMS
ARB - MED SYMPOSIUM
2023



Nhân chứng chuyên gia

Chuyên gia được chỉ định bởi HĐTT, các bên và ý kiến chuyên gia

- Tại **Việt Nam**, chuyên gia có thể được lựa chọn bởi HĐTT hoặc các bên.
 Giá trị chứng cứ được cung cấp bởi chuyên gia chỉ định bởi HĐTT hay các bên là giá trị như nhau. Thông thường ý kiến chuyên gia được lập thành văn bản.
 Không có quy định yêu cầu về tính độc lập hoặc vô tư => bên còn lại có thể phản đối ý kiến chuyên gia.
 Không có quy định tiêu chí, trình độ chuyên gia.
- Tại **Nhật Bản**, chuyên gia được chỉ định bởi HĐTT được quy định bởi luật và được yêu cầu thẩm định và báo cáo phát hiện các vấn đề vụ việc. Chuyên gia có thể được yêu cầu có mặt trong phỏng vấn để chứng thực.
 Không có yêu cầu cho chuyên gia do các bên chỉ định. Thông thường, chuyên gia do các bên chỉ định nộp báo cáo và phải kiểm tra chéo tại buổi phỏng vấn.
 Không có bất kỳ quy tắc nào về cách HĐTT cân nhắc giá trị bằng chứng của chuyên gia do HĐTT chỉ định so với bằng chứng được cung cấp bởi chuyên gia do bên chỉ định.

7

7




VIAC 


THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023






VIAC




EVIDENCE IN ARBITRATION PROCEEDINGS: KOREAN LAW AND PRACTICE

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023





Mr. Lee Huyngkeun – Partner of Kim & Chang

0





ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023


CONTENT

- 01. Overview
- 02. Types of Evidence
- 03. Collection and Submission of Evidence
- 04. Assessment of Evidence





1

1



AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Overview: Korean Arbitration Act

- **Korean Arbitration Act (KAA) is based on 2006 UNCITRAL Model Law.**
- **KAA does not include detailed provisions governing evidence in arbitration.**
 - There are provisions on the collection and submission of evidence, but they do not offer rules.
- **Parties are free to agree on the arbitral proceedings under the KAA (Article 20(1))**
 - The rules and procedures governing evidence are largely determined by the arbitration rules incorporated into the arbitration agreement and through procedural orders and decisions by the arbitral tribunal.
- **Tribunal has a wide discretion to determine the admissibility, relevance and weight of any evidence (Article 20(2))**

2

2



AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Overview: Korean Commercial Arbitration Board Rules

- **Korean Commercial Arbitration Board (“KCAB”) Arbitration Rules are often adopted for arbitrations involving Korean elements**
 - KCAB is the only officially recognized arbitral Institution in Korea.
- **KCAB has separate set of rules for both domestic and international arbitrations.**
 - The differences are not substantial, but the way proceedings are conducted is very different.
 - Proceedings under the domestic rules closely mirror the local court proceedings.
- **KCAB International Arbitration Rules provide that the arbitral tribunal has the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence (Article 26(4)).**
- **Both KCAB Rules do not offer detailed guidance regarding the use, collection, and submission of evidence in arbitration proceedings.**

3




3



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023


Types of Evidence: Introduction



- **KAA and KCAB International Arbitration Rules are silent as to the types of evidence and the extent of use of evidence in arbitration proceedings.**
 - KCAB Domestic Arbitration Rules provide that a party may produce any evidence to support its arguments and may seek the testimony of any witness or expert, but do not specify the types of evidence (Article 36(1)).
- **Parties may determine what types and of evidence can be allowed and how it can be adduced, taking into account the more “standardized” international practices and procedural soft laws.**
- **Most common types of evidence used in international arbitration proceedings with a Korean nexus are * documentary evidence and * fact witness evidence.**
- **Use of * expert evidence is also not uncommon, and * inspection of the subject matter of the dispute is also utilized.**


4

4



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023

Types of Evidence: Documentary and Fact Witness Evidence




- **Documentary evidence is widely used in both domestic and international arbitrations.**
 - In domestic arbitration proceedings, documentary evidence is considered to be of higher probative value.
- **In international arbitration, the use of fact witness evidence is prevalent.**
 - Fact witnesses give evidence by submitting witness statements, and examined at the hearing.
 - Style of witness examination in international arbitrations resembles that of Korean court proceedings.
- **One common issue involving the use of documentary or fact witness evidence in the international arbitration context is translation.**
 - There is often a dispute as to the scope and accuracy of the translation of a document or testimony that is not written or given in the language of arbitration


5



5



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Types of Evidence: Expert Witness Evidence


- **Expert evidence is increasingly used in arbitrations with a Korean nexus.**
 - Legal, quantum and technical experts are most common in practice.
- **Experts are usually appointed by the arbitral tribunal in domestic arbitrations, whereas in international arbitrations experts are more likely to be appointed by the parties.**
 - Party-appointed experts in international arbitration give evidence by submitting expert reports during the pleading stage and are tendered for examination at the hearing.
- **Arbitration tribunals are empowered to appoint their own expert under the KAA and KCAB Rules.**
 - Under the KAA and KCAB International Arbitration Rules, arbitral tribunals may appoint expert(s) to consult on specific issues and require parties to provide information and documents for the experts (Article 27).
 - KAA provides that the tribunal may require an expert to participate in the hearing (Article 27(2)).

6

6



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Collection and Submission of Evidence: Power to Compel


- **Nothing in the KAA explicitly empowers an arbitration tribunal to order disclosure of documents or attendance of witnesses.**
 - However, if any party fails to produce evidence within the time period fixed, the arbitral tribunal may make the award on the evidence submitted before it (Article 26(3)).
- **Under the KCAB Rules, the arbitral tribunal may order a party to produce documents, exhibits or other evidence in its possession or under its control (Article 24(1)).**
- **KAA allows arbitral tribunals to seek assistance from Korean courts in taking evidence (Article 28).**
 - The tribunal seated in Korea can request Korean courts to:
 - ✓ *take evidence on the tribunal's behalf.*
 - ✓ *order third parties to appear before the tribunal or produce requested documents to the tribunal.*

7

7




AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Collection and Submission of Evidence: Document Production

- **Discovery or other forms of full document disclosure is not available in domestic arbitrations.**
 - Korean Civil Procedure Act only provides for a more limited document disclosure.
 - Domestic arbitration proceedings reflect the local court practices on document disclosure.
- **KCC and KCAB Rules, both domestic and international, are silent as to the use and scope of document disclosure.**
- **Document production process is commonly incorporated into the proceedings by agreement in international arbitration.**
 - Document production process in international arbitration is limited in their scope when compared with the U.S.-style discovery, but much broader and extensive than the court proceedings in Korea.
 - The IBA Rules on Taking of Evidence are generally taken into account when document production is adopted.




8

8





AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Assessment of Evidence

- **KAA and KCAB International Arbitration Rules empower the tribunal with full authority to determine the admissibility, relevance and materiality of evidence (Article 20(1), Article 26(4)).**
 - The tribunal may refuse to consider evidence it deems irrelevant.
- **Strict evidentiary rules typical in domestic court proceedings generally do not apply in international arbitrations.**
 - The tribunal enjoys broad discretion on evidentiary issues.
 - A typical example would involve privileged documents as it is often difficult to pinpoint the privilege rule based on which the decision on admissibility of such documents can be made.

9

9



VIAC 

THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023







VIAC 

EXPERT WITNESS REPORTS

ARB – MED SYMPOSIUM

■ 2023

*Mr. Ng Kim Beng – Deputy Managing Partner, Rajah & Tann
Singapore LLP*



0




VIAC 

Overview – Expert Witness Reports

1. Importance of expert evidence and expert witness reports
2. Appointing an expert and preparation of expert witness reports
3. Contents of the expert witness reports
4. Assessing credibility of expert witness reports
5. Recommendations and best practices for effective preparation and use of expert reports

ARB – MED SYMPOSIUM

■ 2023



1



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023








IMPORTANCE OF EXPERT EVIDENCE

2

2



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Importance of expert evidence


- **Provides clear explanations of technical issues to assist the tribunal**
 - Provide opinions on the significance of documentary and fact witness evidence
 - Produce reports and/or oral testimony (may be subject to cross-examination)
 - Main goal is allow the tribunal to render accurate and commercially reasonable decision
- **Main types of industry experts typically retained as expert witnesses**
 - Experts with technical and scientific knowledge
 - Experts on quantum of damages and related issues (e.g. delay)
 - Experts on the law applicable to aspects of the arbitration (e.g. foreign law or public international law)

3

3



AMS
ARBITRATION
MEDICATIONS



VIAC

Importance of expert evidence

- **Preliminary question: Is there a need for expert evidence to begin with?**
 - Tribunal will consider the value that an expert can bring which must be balanced with questions of cost and the length of proceedings
 - What if the tribunal already has the necessary technical or specialist expertise?
 - Where preliminary legal issues are pending resolution, is it reasonable for parties to incur costs on expert evidence?
 - Are there specific parts of the dispute that will turn on expert evidence?

4

4



AMS
ARBITRATION
MEDICATIONS




VIAC





APPOINTING EXPERT & PREPARING REPORT

5

5



AMS
ARBITRATION
MEDICATIONS




Steps involved to rely on expert evidence


- **Preliminary steps**
 - Conducting conflict checks for disclosure in expert report
 - Letter of Engagement / Terms of Reference / Letter of Instructions
- **Notification of intention**
 - Party relying on expert evidence must describe the identity of the appointed expert and the subject matter of such testimony (Art 5.1 of IBA Rules)
- **Expert meeting / caucus**
 - Tribunal may order party-appointed experts who will submit expert reports on similar issues to meet and confer on such issues (Art 5(4) of IBA Rules)
- **Expert meeting / caucus**
 - Expert must submit report within time ordered by tribunal, and tribunal may schedule such submission having regard to other submissions made by parties

6

6




AMS
ARBITRATION
MEDICATIONS



Issue of privilege of communications

- **Are counsel / expert communications subject to privilege?**
 - Rationale for discoverability: increased disclosure reminds the expert that his overriding duty is to the tribunal and not a party's "hired gun"
 - Possible exceptions: communications relied on by expert, or communications on scope of expert's engagement
 - The IBA Rules require the expert to describe the instructions given in its report (Art 5.2(b))
 - Promotes transparency and would avoid the issue of discoverability of communications between experts and counsel to begin with
 - The CIArb Protocol suggests that disclosure of counsel and expert communications should not be ordered "without good cause" (Art 5(1))
 - The CIArb Protocol also confirms that drafts and other expert work product are not discoverable (Art 5(2))



7

7



AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM
2023







CONTENTS OF EXPERT REPORTS

8

8



AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM
2023




Format and contents of expert report

- **Art 5.2 of IBA Rules and Art 4(4) of CIArb Protocol set out some requirements on the content of report**
 - Details of the expert, expertise and any relationship with parties or tribunal
 - Description of the instructions provided to the expert
 - Statement of independence
 - Statement of facts on which the expert opinion is based (including assumed facts or other assumptions)
 - Expert opinion or conclusions alongside details of methodology and evidence relied upon (only on issues tribunal has given permission for expert evidence to be adduced)



9



9



ARB – MED SYMPOSIUM
2023

Format and contents of expert report

- **Art 5.2 of IBA Rules and Art 4(4) of CIArb Protocol set out some requirements on the content of report (cont.)**
 - Matters which the expert has been unable to reach an opinion on or are outside the expert's area of expertise
 - Statement of the language in which the report was prepared
 - Affirmation of genuine belief
 - Expert declaration in the form prescribed in Art 8 of the CIArb Protocol
 - Signature (and its date and place)
 - Attribution (if signed by more than one author)

10

10




ARB – MED SYMPOSIUM
2023

CREDIBILITY OF EXPERT REPORTS





11

11



AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM
2023




Assessing credibility of expert report


- **General rule**
 - As a general rule, expert reports, if complete with exhibits, a comprehensive scope of analysis and adequate justifications, are likely to be accepted as credible
 - The credibility and competence of the expert will then determine weight to be given to opinion adduced
- **Cross-examination of expert**
 - Issues of credibility may be handled by cross-examination (i.e. expose internal inconsistencies, omissions or leaps in analysis)
 - A tribunal may deny a party's request to cross-examine the opposing party's expert if it deems the report to be irrelevant (Art 8(3), IBA Rules)
- **Importance of disclosing relationship with appointing party**
 - If the expert has a connection to the appointing party, a convincing statement of the expert's knowledge and expertise may enhance credibility in circumstances where, because of that connection, the tribunal might otherwise be cautious

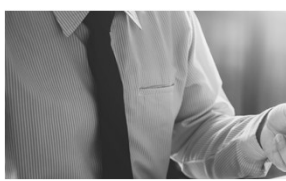

12

12



AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM
2023




BEST PRACTICES & RECOMMENDATIONS

13

13



Recommendations for effective use and preparation of expert reports




- **Pre-hearing meetings between party-appointed expert witnesses**
 - Caucus to help scope areas of agreement and disagreement while narrowing down relevant points
 - Bridge the differences between the expert reports
 - Encourage debate since experts may be more willing to present a nuanced view in a meeting with other experts than they would in a hearing setting
 - Allow expert evidence to be rendered in a more time- and cost-efficient manner


- **Joint reports**
 - Streamline proceedings to focus on the most significant issues in dispute
 - Issues on which the experts have different views can serve as a basis for separate or joint examination of the experts
 - Help to focus the tribunal's attention on the areas in dispute, especially on topics where the arbitrators lack the expertise to independently identify where the experts agree and disagree

14

14



Disclaimer



The material in this presentation is prepared for general information only and is not intended to be a full analysis of the points discussed. This presentation is also not intended to constitute, and should not be taken as, legal, tax or financial advice by Rajah & Tann. The structures, transactions and illustrations which form the subject of this presentation may not be applicable or suitable for your specific circumstances or needs and you should seek separate advice for your specific situation. Any reference to any specific local law or practice has been compiled or arrived at from sources believed to be reliable and Rajah & Tann does not make any representation as to the accuracy, reliability or completeness of such information.

15

15



VIAC 

THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM

■

2023






VIAC



RECOGNITION AND ASSESSMENT OF EVIDENCE

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

Mr. Ng Kim Beng – Deputy Managing Partner, Rajah & Tann Singapore LLP



0




VIAC



AMS
A
ARB – MED SYMPOSIUM


Overview – Recognition of Evidence

1. Multiple approaches towards fact-finding across legal traditions
2. Introduction of evidence into conduct of arbitral proceedings
3. Assessing evidence adduced (principles generally, as well as documentary evidence and witness testimony specifically)
4. Concluding thoughts


ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023



1

1



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023





MULTIPLE APPROACHES

2

2



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Multiple approaches towards evidence

- **Soft law instruments / evidentiary rules (IBA Rules & Prague Rules)**
 - Soft law instruments are informed by assumptions underlying the “*adversarial approach*” and the “*inquisitorial approach*” of the common law and civil law traditions which, in turn, influence the powers of the tribunal
- **Common law tradition**
 - For evidence-taking in the common law tradition, parties wholly bear the initiative for the collection and presentation of evidence
 - ✓ The IBA Rules do not explicitly confer an active role on the tribunal, instead encouraging it to consult with parties and invite parties to consult with each other on the evidentiary procedure
- **Civil law tradition**
 - Evidence-taking in the civil law tradition is inquisitorial in nature and the decision-maker takes on a more active role in the collection of evidence
 - ✓ The Prague Rules empower the tribunal with broad discretion to actively control fact-finding and regulate document production and witnesses, among other things
- **Differences more apparent than real?**
 - Commentators of the IBA Rules observe that an inquisitorial role of the tribunal is already possible under the IBA Rules, and even though seldom applied
 - Both soft law instruments nonetheless enrich the arbitral toolkit in favour of party autonomy and flexibility

3

3










INTRODUCING EVIDENCE IN PROCEEDINGS

4

4






Introducing different types of evidence

- **Documentary evidence**
 - Parties usually disclose a list of documents they intend to rely on in advance of document production (i.e. in written submissions)
 - Tribunal gives directions for production requests to be delivered between parties with reasonable time given to produce documents, or make objections to requests
 - For a request for production to be made, the document requested must be “*relevant to the case and material to its outcome*” (e.g. Art 3.3 of IBA Rules)
 - ✓ Any party may make an objection to the request for documents (e.g. on the grounds in Arts 9.2 and 9.3 of the IBA Rules)
 - At which point in the proceedings document requests may take place (and the attendant timelines) will depend on the circumstances of the case
 - Documents disclosed will be on the record in the arbitration


5

5




AMS
ARBITRATION
MEDICATION
SYMPOSIUM

Introducing different types of evidence



- **Witness testimony**
 - Oral witness testimony may be prepared by written witness statements filed prior to an evidentiary hearing
 - ✓ Witness statements will likely include: description of background and relationship with parties, a full description of facts and sources of information, documents (if not already produced), language of statement and language of testimony at hearing, affirmation and signature, etc.
 - Witness statements may either be filed with written submissions or prior to hearing
 - Fact witnesses may be examined in an evidentiary hearing, but the tribunal may dispense with the appearance of the witness if the appearance is deemed irrelevant (e.g. Art 8(3) of IBA Rules)
 - Witness oral testimony at the evidentiary hearing will form part of the body of evidence adduced in proceedings and be on the record in the arbitration



6



6



AMS
ARBITRATION
MEDICATION
SYMPOSIUM


ASSESSING EVIDENCE







7

7




AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Assessing evidence adduced

- **No single evaluative methodology**
 - In considering the probative value of a piece of evidence, it must be assessed in view of the whole body of evidence in totality
 - The tribunal shall balance its duty to search for truth, considerations of fairness, integrity of the proceedings and protecting the award
- **Broad positions under soft law / applicable evidentiary rules**
 - Art 9(1) of the IBA Rules plainly states that the tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence
 - Similarly, the Prague Rules allow the tribunal to determine the ultimate weight of any evidence and to that end, the tribunal is entitled and encouraged to take an active role in establishing the facts of the case (see Art 3 of Prague Rules)




8

8




AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Assessing evidence adduced

- **Some general factors which may influence weight placed on evidence**
 - Whether evidence is direct evidence or circumstantial evidence
 - ✓ Tribunal may look at a party's justifications as to why it did not produce direct evidence
 - The relative probative value of documentary evidence vs. testimonial evidence
 - ✓ Testimony is subject to the frailties of human memory while contemporaneous documentary evidence is likely to have more probative value
 - Whether witness has been tested by cross-examination
 - ✓ Generally, evidence of a witness that has been cross-examined is seen as more reliable than the written statement of a witness who does not appear for cross-examination




9

9




ARB – MED SYMPOSIUM

2023




Assessing evidence adduced

- **Principles in relation to documentary evidence and witness testimony specifically**
 - In considering documentary evidence, the tribunal's considerations include:
 - ✓ Whether other documents later in time contradict its content
 - ✓ The purpose for which the document was created
 - ✓ The circumstances in which the document was prepared
 - In considering witness testimony, the tribunal's considerations include:
 - ✓ Whether there were exaggerations or misrepresentations of facts
 - ✓ Whether witness had first-hand knowledge of information being attested




10

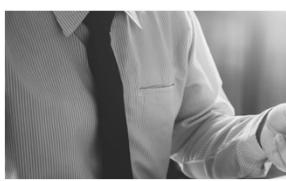
10




ARB – MED SYMPOSIUM

2023






CONCLUDING COMMENTS




11

11




AMS
ARBITRATION
MEDICATION
SYMPOSIUM



Concluding comments

- **Transnational *lex evidenti*a?**
 - As tribunals have recourse to comprehensive body of soft law and best practices, this leads to synchronisation of fact-finding rules
 - The notion of a transnational *lex evidenti*a (collective normative activity) has been conceptualised by commentators on account of constant repetition and consolidation of certain practices
- **Importance of tribunal's reasoning**
 - Arguably, reasoned decisions by the tribunal and the parties' right to be heard are significant in respect of proper assessment of evidence
 - Awards must hence reflect the procedural history, relevant submissions of facts and evidence, prayers for relief as well as all decisions on material issues in dispute
 - Tribunal must also address all relevant and material evidence which the parties have submitted, reasons for not admitting evidence (at least in dubious cases), and lastly, the assessment of evidence



12



AMS
ARBITRATION
MEDICATION
SYMPOSIUM





THANK YOU





13




VIAC



THE PRACTICE OF EVIDENCE BEFORE ARBITRAL INSTITUTIONS.

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

Prof. Walid Ben Hamida – Professor of Law at the University of Paris-Saclay (Evry-Val d'Essonne), Arbitrator of the International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Court



0




AMS
ARB – MED SYMPOSIUM

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

VIAC




Importance of evidence


1. Evidence is a very important part of international arbitration
2. Without evidence, the allegation will be dismissed
3. In order for the arbitrator to decide in favor of a party, the party must provide sufficient clear and convincing evidence to support their claims

1

1




ARB – MED SYMPOSIUM
2023




Domestic rules related to evidence

- The statements made by the parties are treated by the judge with the utmost suspicion.
- Judge rule on the basis of the submissions that are filed, the exhibits that are produced and the oral arguments of the attorneys of the parties during the hearing. **No “cross examination”.**
- The hearing seldom lasts more than two hours while in Common law countries, in particular in the United States of America, public hearings for similar cases can last several weeks. The conduct of oral hearings is a fundamental principle.
- The judge in common law countries is passive : The judge’s role is confined to that of a moderator.




2

2



ARB – MED SYMPOSIUM
2023



Civil Law v. Common law II

- No “discovery process” in civil law countries. A party may ask the judge to order the opponent or a third party to produce a document. But it must specify which document and the judge has full discretion to grant, or not to grant, the request.
- In Common law countries, a party may request the other party to disclose all the relevant documents concerning the trial that are available to it.
- In Civil law countries, private expert investigations are viewed by judges with the same degree of suspicion as the statements of the parties. Everything that originates from a party is suspicious.
- In Common law countries, court-ordered expert investigations remain an unknown concept. The parties designate their own experts who are subject to “cross examination”,

3

3



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Evidence rules before the state courts

01

Civil code in Many civil law countries


02

Case law in the common law Countries




4

4

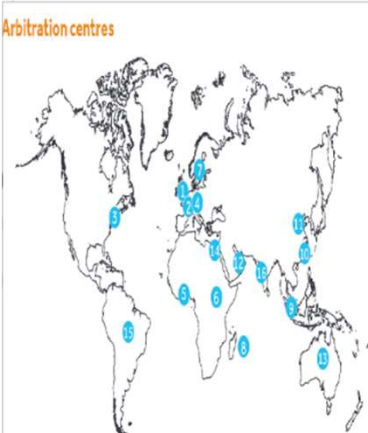


AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Rules and practice of evidence before arbitration institutions

Arbitration centres



1. **London:**
London Court of International Arbitration (LCIA)
2. **Paris:**
International Chamber of Commerce (ICC)
3. **America:**
American Arbitration Association (AAA)/International Centre for Dispute Resolution (ICDR)
4. **Switzerland:**
Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)
5. **Nigeria:**
Lagos Court of Arbitration
6. **Rwanda:**
Kigali International Arbitration Centre (KIAC)
7. **Stockholm:**
Stockholm Chamber of Commerce (SCC)
8. **Mauritius:**
Mauritius International Arbitration Centre (MIAC)
9. **Singapore:**
Singapore International Arbitration Centre (SIAC)
10. **Hong Kong:**
Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)
11. **China:**
China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)
12. **Dubai:**
Dubai International Arbitration Centre (DIAC)
13. **Australia:**
The Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA)
14. **Egypt:**
The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)
15. **Brazil:**
The Arbitration and Mediation Center of the Chamber of Commerce Brazil-Canada (CAM/CCBC)
16. **India:**
Mumbai Centre for International Arbitration (MCIA)

5

5

AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM

ARB - MED SYMPOSIUM ■ 2023

VIAC

Review of the arbitration rules on evidence of some arbitration institutions

- Few rules on evidence
- Very general principles
- Two illustrations : the ICC rules and the Vietnam International arbitration center rules : two different approaches to deal with the issue of evidence



6

6

AMS
A
ARB - MED SYMPOSIUM

ARB - MED SYMPOSIUM ■ 2023

VIAC

Two institutions : The ICC and the VIAC




pixtastock.com - 47502369




7

7




AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



ICC arbitration rules


Article 25: Establishing the Facts of the Case

- 1) The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.
- 2) The arbitral tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned.
- 3) The arbitral tribunal, after consulting the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert.
- 4) At any time during the proceedings, the arbitral tribunal may summon any party to provide additional evidence.
- 5) The arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing.




8

8



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023

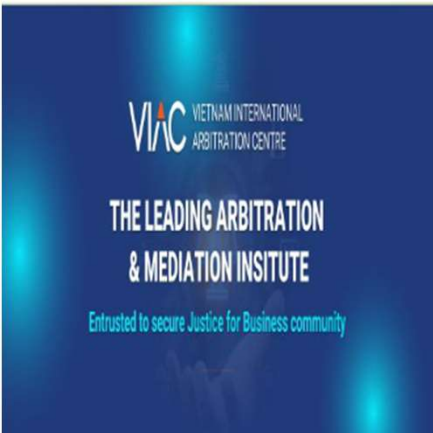


Another example : Vietnam International arbitration center

- **Article 18. Power of the Arbitral Tribunal to verify facts**


The Arbitral Tribunal may, on its own initiative or at the request of a party or the parties, conduct fact-finding **from a third person** in the presence of the parties or after having notified the parties.

Very unusual because the power of the tribunal is limited to the Parties




9

9



AMS
ARBITRATION & MEDIATION SYMPOSIUM




Another example : Vietnam International arbitration center

Article 19. Power of the Arbitral Tribunal to collect evidence


1. The Arbitral Tribunal shall have the power to request the parties to provide evidence, and the parties shall be obliged to provide evidence.
2. The Arbitral Tribunal shall have the power, at the request of a party or the parties, **to request witnesses to provide information and documents relevant to the dispute.**
3. The Arbitral Tribunal shall have the power, on its own initiative or at the request of a party or the parties, to seek inspection or valuation of the assets in dispute. The expenses for inspection or valuation shall be paid by the requesting party or allocated by the Arbitral Tribunal. In all circumstances, if the inspection or valuation expenses are not paid in full, the Arbitral Tribunal shall resolve the dispute on the basis of the documents readily available.
4. The Arbitral Tribunal shall have the power, on its own initiative or at the request of a party or the parties, to seek expert advice. The Arbitral Tribunal shall have the power to request the parties to provide experts with relevant information or access to relevant documents, goods or assets. **The experts shall submit a written report to the Arbitral Tribunal.** After receiving the report, the Arbitral Tribunal shall send a copy of the report to the parties and request the parties to provide their written opinion on the report. The expenses for expert advice shall be paid by the requesting party or allocated by the Arbitral Tribunal. In all circumstances, if the expenses for expert advice are not paid in full, the Arbitral Tribunal shall resolve the dispute on the basis of the documents readily available.
5. **If the Arbitral Tribunal or a party or the parties have already taken necessary measures to collect evidence without success, a written request may be submitted to the competent court to require support in accordance with the law.**

10

10




AMS
ARBITRATION & MEDIATION SYMPOSIUM



Another example : Vietnam International arbitration center

Article 20. Power of the Arbitral Tribunal to summon witnesses

1. The Arbitral Tribunal shall have the power, at the request of a party or the parties and if the Tribunal considers it necessary, **to summon witnesses to attend a hearing.** The witness expenses shall be paid by the requesting party or allocated by the Arbitral Tribunal.
2. If a witness who has been duly summoned by the Arbitral Tribunal fails to attend the hearing without a legitimate reason and if the absence of the witness causes an obstacle **to the dispute resolution, the Arbitral Tribunal shall submit a written request to the competent court to issue a decision summoning the witness to attend the hearing.** The request shall specify the content of the dispute currently being resolved; the full name and the address of the witness; the reason why the witness needs to be summoned; and the time and the location where the witness is required to be present.
3. If a witness who has been duly summoned is absent, the Arbitral Tribunal may adjourn or proceed with the hearing on the basis of the documents readily available.



11

11



AMS
ARBITRATION
MEDICATION SYMPOSIUM




Common features on evidence : general approaches




12

12



AMS
ARBITRATION
MEDICATION SYMPOSIUM




First issue : Burden of proof


- Burden of proof refers to the principle that the party seeking to rely on a particular fact having the burden of establishing it.
- This principle is provided for in Article 27(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules 2010 which states: 'Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.' This procedural duty by necessary implication carries an evidential consequence: if a party fails to provide evidential support for its allegations without a satisfactory explanation, the allegations will be unproved and, therefore, dismissed.
- Few institutional rules adopt such an explicit provision, presumably leaving this issue to be determined by the tribunal having regard to its own criteria for the particular case in hand, but, as a general rule of practice, this principle is widely adopted by international tribunals.
- From a procedural standpoint, the burden of proof applies to both the claimant and the respondent, in accordance with the principle of *onus probandi actori incumbit*: he who asserts a fact must prove it. Claimants have the burden of proving claims, and respondents the validity of any defences, counterclaims or set-off rights.

13

13




AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Second issue : Standard of proof

- If the evidence a party has produced in support of its factual allegations is sufficient to establish the facts in question.
- Article 27(4) of the UNCITRAL Arbitration Rules gives the tribunal the broadest authority to decide on evidentiary matters, stating: ‘The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.’
- Same rules : SIAC Rules, Article 19(2), HKIAC Rules, Article 22(2) and LCIA Rules, Article 22(1)(vi)




14


14



AMS
A
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Third issue : Type of evidence : What evidence is used in arbitration?




15

15




AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




Documents

- **Exhibits** are documents that the parties rely upon to prove or disprove facts relevant to the dispute.
- **Legal Authorities** are sources of law (text of law, doctrine or jurisprudence) that the parties rely upon to prove relevant points of law related to the dispute.




16

16



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Fact Witness


- **A Witness Statement** is a written testimony by a person concerning facts pertinent to the dispute.
- The witness are presented by the Parties
- No rules on examination or cross-examination
- No rules on the witness statement (form, signature, date)

Expert witness

- **An Expert Report** is an opinion by an expert witness addressing aspects of a case that may be outside of the Tribunal's expertise, e.g. on the application of a particular law, on technical matters and on the calculation of damages. The report should list the instructions on the basis of which the expert proceeded and discuss how the expert reach his/her conclusions.
- Arbitral rules mentions that experts could be presented by parties or nominated by the tribunal : Party appointed expert and Tribunal appointed expert
- No rules related to cross examination of expert witnesses
- No rules on the witness statement (form, signature, date)


17

17




ARB – MED SYMPOSIUM

2023




Demonstrative Exhibits




- **Demonstrative Exhibits** (e.g., PowerPoint Presentations, charts and graphs) may be used at a hearing provided they contain no new evidence and identify the evidence on record relied on.


18

18





ARB – MED SYMPOSIUM

2023




The practice

- The type of evidence to be filed and the manner, form and timing of filing are usually discussed at the Tribunal's first session and set out in Procedural Order No. 1.
- If the evidence is in a language other than the procedural language, it must be submitted in the original language together with a translation
- Parties can seek guidance from two soft law instruments.


19

19




AMS
ARBITRATION
MEDIAN

First instrument : The IBA rules




- The **International Bar Association (IBA)**, founded in 1947, is a **bar association** of international legal practitioners, bar associations and law societies. The IBA currently has a membership of more than 80,000 individual lawyers and 190 bar associations and law societies
- It was established in 1947, shortly after the creation of the **United Nations**, the IBA was born out of the conviction that an organisation made up of the world's bar associations could contribute to global stability and peace through the administration of justice
- The seat is in London
- 2020 IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration




20

20




AMS
ARBITRATION
MEDIAN

Second instrument : Prague rules




- The success of IBA rules has not prevented a reaction from members of the arbitral community concerned by what they see as a dominance of the common law tradition over the IBA Rules. For instance, the denunciation of a **“Creeping Americanisation of international arbitration”** set the tone at the IV Russian Arbitration Association Annual Conference that took place in in Moscow on April 20, 2017.
- Prague Rules were drafted by a working group predominantly formed by representatives of civil law jurisdictions
- The outcry gave rise to the proposal of a different set of rules, the so-called Prague rules on the Taking of Evidence in International Arbitration as their drafters intend to launch them in Prague in December 2018.




21



21



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023




IBA rules v. Prague Rules


- From a civil law perspective, the IBA Rules are still closer to the common law traditions, as they follow a more adversarial approach with document production, fact witnesses and party appointed experts.
- The Prague rules of 2018 are an alternative to the IBA Rules. They are based on procedures that are more familiar to those trained in the civil law tradition
- In turn, the adversarial approach burdens the parties with those activities and confers upon the arbitrator a more passive stance. Prague Rules consist of 12 articles, which deal with the arbitral tribunal's proactive role, fact finding, documentary evidence, fact witnesses, experts and assistance in amicable settlements.

22



22



AMS
ARBITRATION
MEDIATION
SYMPOSIUM
2023



Examples

- Document Production Prague Rules limit document production, with the arbitral tribunal and the parties being "encouraged to avoid any form of document production, including e-discovery" (Article 4.2). Under IBA Rules (Article 3.2.) parties shall submit all documents available and relevant to the dispute.
- Number of Witnesses Under Prague Rules, the arbitral tribunal will have the final say regarding the number of witnesses to be heard throughout the proceedings (Article 5). After having read the witness's written statements and considered the facts of the case, the arbitral tribunal may reject calling certain witnesses for examination, if it deems their testimony irrelevant or unnecessary to the resolution of the dispute.

23

23



VIAC 

THANK YOU

ARB – MED SYMPOSIUM ■ 2023

