

Révision du règlement d'arbitrage CCI – Qu'est-ce qui change au 1^{er} janvier 2021 ?

What will change when the revised ICC Arbitration Rules come into force on January 1, 2021?

Janvier 2021



Révision du Règlement d'arbitrage CCI – Qu'est-ce qui change au 1er janvier 2021 ?

La Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») a procédé à une nouvelle révision de son règlement d'arbitrage.

Le règlement version 2021 (« Règlement 2021 ») s'appliquera aux procédures d'arbitrage CCI initiées à compter du 1er janvier 2021, indépendamment de la date de conclusion du contrat contenant la clause d'arbitrage ou du compromis d'arbitrage (sous réserve des dispositions spécifiques à l'applicabilité de l'arbitrage d'urgence et de la procédure accélérée).

Le Règlement 2021 codifie certaines pratiques de la Cour d'arbitrage de la CCI (la « Cour ») et introduit par ailleurs de nouvelles mesures destinées à améliorer la flexibilité, l'efficacité et la transparence des procédures d'arbitrage CCI.

Cette nouvelle version du règlement vient consolider les avancées majeures accomplies par la Cour dans ces différents domaines sous la présidence d'Alexis Mourre.

Ainsi depuis 2016, la CCI publie le nom des arbitres désignés dans les procédures d'arbitrage CCI (sauf accord contraire des parties), dans le but d'améliorer la transparence mais aussi de promouvoir de nouvelles générations d'arbitres et d'encourager la diversité et l'inclusion dans la constitution des tribunaux arbitraux.

Depuis 2016, la Cour a également la possibilité de réduire les honoraires des arbitres qui rendraient leur sentence avec un retard injustifié.

Une innovation importante avait été introduite lors de la révision du Règlement intervenue en 2017, à savoir la procédure d'arbitrage accélérée (visant à l'origine principalement les litiges dont l'enjeu financier ne dépassait pas 2 millions USD).

Enfin, en 2019, la CCI a annoncé que les sentences arbitrales seraient désormais publiées (de façon anonymisée) deux ans après avoir été rendues, étant précisé que les parties peuvent s'opposer à cette publication ou l'aménager.

Le Règlement 2021 poursuit le travail accompli, en mettant plus particulièrement l'accent sur l'arbitrage multipartite, les mesures visant à garantir l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral et l'extension du champ d'application de la procédure accélérée. Enfin, le Règlement se modernise en permettant aux parties d'accomplir certaines formalités exclusivement par voie électronique et en encourageant le recours aux audiences à distance.

What will change when the revised ICC Arbitration Rules come into force on January 1, 2021?

The International Chamber of Commerce (« ICC ») has undertaken another revision of its arbitration rules.

The 2021 version of the rules (« 2021 Rules ») will apply to arbitration proceedings initiated as of January 1, 2021, irrespective of the date of conclusion of the contract in which the arbitration agreement is included or of the date of conclusion of the special agreement to submit a dispute to arbitration (subject to the specific provisions pertaining to the applicability of the emergency arbitrator and expedited procedure provisions).

The 2021 Rules codify certain practices of the Court of Arbitration of the ICC (the « Court ») and also introduce new measures aimed at improving the flexibility, efficiency and transparency of ICC arbitration proceedings.

This new version of the Rules consolidates the major developments achieved by the Court in these fields under the presidency of Alexis Mourre.

Thus since 2016, the ICC publishes the names of arbitrators designated in ICC arbitration proceedings (unless the parties object), with a view to increasing transparency but also to promoting new generations of arbitrators and to fostering diversity and inclusion in the constitution of arbitral tribunals.

Since 2016, the Court also has the faculty of reducing the fees of arbitrators who render their award unjustifiably late.

An important innovation, the expedited arbitration procedure (which initially applied mainly to disputes which financial value did not exceed USD 2 million), was introduced with the revision of the Rules of 2017.

Finally in 2019, the ICC announced that arbitral awards would henceforth be published (in an anonymised format) two years after they are rendered, bearing in mind that the parties can object to such publication or provide for some carve-outs in this context.

The 2021 Rules build on the progress already made and place emphasis more specifically on multiparty arbitration, on measures aimed at guaranteeing the independence and impartiality of the arbitral tribunal and on the extension of the scope of the expedited arbitration procedure. The Rules also feature an upgrade on the technical ground by enabling the parties to complete certain formalities exclusively by electronic means and by encouraging the holding of hearings remotely.

Arbitrage multipartite

Intervention de parties additionnelles

Le Règlement 2017 (article 7.1) n'envisage l'intervention d'une partie additionnelle à l'arbitrage après la confirmation ou la nomination d'un arbitre que si toutes les parties, y compris la partie intervenante, y consentent. Dans le cadre du Règlement 2021, il sera désormais possible de demander au tribunal d'autoriser l'intervention d'une partie additionnelle sans obtenir l'accord de toutes les parties, à la seule condition que la partie additionnelle accepte la constitution du tribunal et les termes de l'acte de mission (article 7.5). Le tribunal devra pour prendre sa décision porter une attention particulière aux circonstances du litige et notamment (i) à sa compétence *prima facie*, (ii) au moment où la demande lui a été soumise, (iii) aux éventuels conflits d'intérêts, et (iv) à l'impact de cette intervention sur la procédure d'arbitrage en cours.

Jonction d'arbitrages - consolidation

Là où l'article 10 du Règlement 2017 n'envisage la jonction de plusieurs arbitrages, autrement appelée consolidation, que lorsque « toutes les demandes formées dans ces arbitrages l'ont été en application de la même convention d'arbitrage », le nouvel article 10 du Règlement 2021 ajoute « **ou des mêmes conventions d'arbitrage** ». Cette précision est importante et bienvenue en ce qu'elle autorise la jonction d'arbitrages fondés sur des contrats distincts et entre des parties différentes dès lors que les conventions d'arbitrage sont identiques. Or, il s'agit là d'une situation habituelle dans les opérations complexes telles que les opérations de construction ou de financement de projets impliquant de multiples parties et contrats liés.

Constitution du tribunal arbitral

Le Règlement 2021 introduit à l'article 12.9 une faculté pour la Cour de nommer tous les membres du tribunal arbitral, en écartant la méthode de constitution prévue dans la clause d'arbitrage. Cette faculté doit être exercée dans « des circonstances exceptionnelles » et pour éviter un risque important d'inégalité de traitement ou d'injustice qui pourrait affecter la validité de la sentence.

A n'en pas douter, cette nouvelle faculté donnée à la Cour a entre autres pour objectif de permettre de surmonter les difficultés de constitution du tribunal arbitral dans les hypothèses où la jurisprudence Dutco aurait à s'appliquer. Pour mémoire, dans l'arrêt dit Dutco de 1992, la Cour de cassation a érigé en principe d'ordre public international l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral et a précisé que les parties ne peuvent y renoncer avant la naissance de tout litige.

Multiparty arbitration

Joinder of additional parties

The 2017 Rules (Article 7.1) allow for the joinder of an additional party after the confirmation or appointment of any arbitrator only if all parties, including the additional party, agree to it. In the framework of the 2021 Rules, it will be possible for the tribunal to authorize the joinder of an additional party without the consent of all parties, on the sole condition that the additional party accept the constitution of the arbitral tribunal and the Terms of Reference (Article 7.5). When making its decision, the arbitral tribunal shall take into account the relevant circumstances of the dispute including (i) its *prima facie* jurisdiction, (ii) the timing of the request for joinder, (iii) possible conflicts of interests and (iv) the impact of the joinder on the arbitral procedure.

Consolidation of arbitrations

Whereas Article 10 of 2017 ICC Rules contemplates the consolidation of arbitrations when "*all of the claims in the arbitrations are made under the same arbitration agreement*", the new Article 10 of the 2021 Rules refers to "*the same arbitration or agreements*". This addition is both important and welcome as it allows for the consolidation of arbitrations based on separate contracts and between different parties when the arbitration agreements are the same. This is a usual situation in complex transactions such as in construction or project finance transactions involving multiple related parties and contracts.

Constitution of the arbitral tribunal

The 2021 Rules include a new article 12.9 which gives the Court the faculty of designating all tribunal members, irrespective of the method of constitution provided for in the arbitration agreement. This faculty must be used in "*exceptional circumstances*" and to avoid a significant risk of unequal or unfair treatment that could affect the validity of the award.

This new faculty granted to Court is undoubtedly aimed, amongst others, at enabling to overcome difficulties in the constitution of the arbitral tribunal that arise in cases falling under the Dutco case law. By way of reminder, in the so-called Dutco case, the French supreme court ruled that the parties' right to be on an equal footing in the constitution of the arbitral tribunal is a principle of international public order. The Supreme Court specified that the parties cannot waive this right before any dispute arises.

Indépendance et impartialité du tribunal

Mesures permettant d'exclure des conseils des parties désignées après la constitution du tribunal arbitral

Afin d'éviter la survenance de conflits d'intérêts en cours de procédure, le nouvel article 17.2 permet au tribunal arbitral d'exclure de tout ou partie de la procédure des conseils qui seraient désignés par une/des partie(s) après la constitution du tribunal arbitral. L'article 17.1 met par ailleurs à la charge des parties l'obligation d'informer promptement la CCI de tout changement intervenu dans leur représentation.

Intervention de tiers financeurs

Il sera également désormais obligatoire pour les parties de révéler l'intervention d'un tiers financeur dans le cadre de la procédure d'arbitrage, aux termes du nouvel article 11.7 du Règlement. Ce point vient mettre fin à une polémique sur la nécessité pour les parties de faire cette révélation, de manière à éviter que les arbitres puissent se retrouver, à leur insu, en conflit d'intérêt avec une partie financée par un tiers financeur. Cette nouvelle disposition s'inscrit dans un mouvement plus général tendant à privilégier la transparence en matière d'arbitrage international. Ainsi, en février 2017, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris avait adopté une résolution prévoyant que « *l'avocat représentant une partie financée doit inciter son client à révéler aux arbitres l'existence d'un financement et mettre son client en garde contre les éventuelles conséquences que ce défaut de révélation est susceptible d'entraîner, en particulier en ce qui concerne la nullité de la sentence et les obstacles à son exécution* ».

Arbitrage d'investissement

Enfin, en ce qui concerne les arbitrages d'investissement fondés sur un traité, il est désormais expressément prévu - sous réserve d'accord contraire des parties - qu'aucun arbitre ne sera de la même nationalité que l'une quelconque des parties, de manière à offrir des gages supplémentaires de neutralité du tribunal arbitral (nouvel article 13.6).

Procédure accélérée

L'introduction d'une procédure d'arbitrage accélérée était l'une des grandes nouveautés du Règlement 2017. Pour rappel, la procédure accélérée est généralement conduite par un arbitre unique et vise à obtenir une sentence dans un délai de 6 mois. Elle prévoit l'application de frais administratifs et d'honoraires réduits par rapport à la procédure classique tout en encourageant les parties et l'arbitre à limiter notamment les

Independence and impartiality of the tribunal

Measures enabling to exclude party representatives designated after the constitution of the arbitral tribunal

In order to avoid supervening conflicts of interest during the proceedings, the new article 17.2 gives the arbitral tribunal the power to exclude from all or part of the proceedings counsel designated by one or more parties after the constitution of the arbitral tribunal. Under article 17.1, parties are also under an obligation to promptly inform the ICC of any change in their representation.

Intervention of third party funders

Under article 11.7 of the 2021 Rules, parties will also be under an obligation to disclose the intervention of third party funders in the framework of ICC arbitration proceedings. This provision concludes the debate on the need for parties to make such disclosure, with a view to avoiding that arbitrators become unwittingly conflicted with a funded party. This new provision is in line with a more global tendency to promote transparency in international arbitration. Thus, in February 2017, the Paris Bar Board had adopted a resolution according to which Paris Bar lawyers "*should recommend to their client to disclose the existence of the funding scheme to the arbitrators and should explain the potential adverse consequences of not doing so (in particular with regard to the validity and enforcement of the award)*".

Investment arbitration

Finally, in investment arbitration proceedings based on a treaty, the new article 13.6 provides that no arbitrator shall have the nationality of any party to the arbitration, in order to offer more guarantees of neutrality of the arbitral tribunal.

Expedited procedure

The introduction of an expedited arbitration procedure was one of the main innovations of the 2017 Rules. As a reminder, the expedited procedure is generally conducted by a sole arbitrator and aims at obtaining an award within 6 months. It provides for a reduced scale of administrative expenses and arbitrator's fees compared to a standard ICC arbitration and invites the parties and arbitrator to limit among others the requests for document production, the length and scope of written submissions, the examination of witnesses and experts and the holding of a hearing. The expedited procedure is already a success even though it only became applicable to arbitration agreements concluded as from 1st March 2017 (146 cases between March

demandes de production de pièces, la longueur et la portée des écritures, les auditions de témoins ou experts et la tenue d'une audience. La procédure d'arbitrage accélérée connaît déjà un certain succès alors qu'elle n'est applicable qu'aux arbitrages fondés sur des conventions d'arbitrage conclues à compter du 1er mars 2017 (146 affaires entre mars 2017 et fin 2019). Cette procédure accélérée était jusqu'à présent applicable à tous les arbitrages jusqu'à un montant en litige de 2 millions USD, sauf exclusion (« opt-out »), ce qui représente tout de même 36,3 % des arbitrages enregistrés par la CCI en 2019. Le Règlement 2021 étend désormais le champ d'application de la procédure accélérée aux arbitrages avec un montant en litige jusqu'à 3 millions USD et fondés sur des conventions d'arbitrage conclues à compter du 1er janvier 2021. La procédure accélérée reste par ailleurs ouverte aux parties qui le souhaitent, sauf décision contraire de la Cour, lorsque l'enjeu du litige dépasse le seuil précité (les parties ont fait ce choix « opt-in » dans 21 affaires en 2019). Ce changement s'inscrit très clairement dans la volonté de rendre la procédure d'arbitrage CCI plus efficace et moins onéreuse pour les litiges de faibles montants.

Sentences additionnelles

Le Règlement 2021 a introduit un nouvel article 36.3 permettant aux parties, dans les trente jours de la réception de la sentence, de solliciter du tribunal arbitral une sentence additionnelle pour répondre aux demandes sur lesquelles il aurait omis de statuer. Comme en matière de correction et d'interprétation de sentences, l'autre partie/les autres parties aura/auront un délai n'excédant pas normalement trente jours pour répondre à la demande de sentence additionnelle, et le tribunal arbitral aura lui-même un délai de trente jours maximum pour soumettre son projet de sentence additionnelle à la Cour.

Modernisation – Communications électroniques

Dès le 9 avril 2020, la CCI avait réagi au défi de la crise sanitaire mondiale liée au Covid-19 en publiant une Note d'orientation sur les mesures permettant de réduire l'impact de cette crise sur les arbitrages en cours et incitant notamment les arbitres et les parties, lorsque cela est possible, à envisager la tenue d'audiences à distance.

C'est également l'approche du Règlement 2021 qui prévoit que « *le tribunal peut décider, après avoir consulté les parties, et au regard des faits pertinents et circonstances du litige, que toute audience se tiendra en présentiel ou à distance par vidéoconférence, téléphone ou tout autre moyen de communication approprié* » (article 26(1)).

2017 and end of 2019). The expedited procedure was so far applicable to all arbitrations up to an amount in dispute of USD 2 million - except when excluded (opt-out) - which already accounts for 36.3 per cent of the cases recorded by the ICC in 2019. The 2021 Rules extend the scope of application of the expedited procedure to arbitrations with an amount in dispute of up to USD 3 million and based on arbitration agreements concluded as from 1st January 2021. Unless the Court determines otherwise, the expedited procedure also remains open to cases involving a higher amount in dispute when the parties agree to apply it (the parties have made this choice in 21 cases in 2019). This change clearly reflects the will to further increase the efficiency and lower the costs of ICC arbitration with regard to disputes involving small amounts.

Additional award

The 2021 Rules introduce a new Article 36.3 allowing the parties, within 30 days from receipt of the award, to apply for an additional award to address claims which the arbitral tribunal has omitted to decide. As for the correction and interpretation of awards, the other party/parties will have a short time limit, normally not exceeding 30 days, to submit any comments thereon and the arbitral tribunal will itself have a time limit not exceeding 30 days to submit to the Court the additional award in draft form.

Modernization – Electronic communications

As soon as on April 9, 2020, the ICC had reacted to the challenge posed by the Covid-19 global health crisis by publishing a Guidance note on possible measures aimed at mitigating the effects of the Covid-19 pandemic on arbitrations and inviting the arbitrators and the parties, wherever applicable, to envisage the holding of virtual hearings.

This is also the approach adopted in the 2021 Rules which provide that "*the arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication*" (Article 26(1)).

Cette précision était attendue dans la mesure où elle permet de réduire les coûts et délais et vient reconnaître une pratique existante et de plus en plus courante. Elle donne également aux arbitres le pouvoir de résoudre des situations dans lesquelles une audience physique s'avère impossible ou très difficile à organiser ou encore de mettre fin à certaines stratégies dilatoires. L'avenir nous dira si ce changement de cadre se généralisera. Les avantages des audiences à distance ne doivent cependant pas occulter les nombreux défis qu'elles impliquent et notamment le fait qu'il est difficile d'apprécier la crédibilité d'un témoin à distance ou de l'interroger de manière efficace.

Il faut relever enfin que dans un souci de modernisation et de préservation de l'environnement, le Règlement 2021 favorise les communications par voie électronique plutôt que sur support papier en prévoyant notamment que les demandes d'arbitrage et réponses ne devront désormais être communiquées en version papier que lorsqu'une partie en fait la demande (articles 3(1), 4(4), et 5(3)).

This addition had been called for as it enables to reduce the costs and length of the proceedings and reflects an existing and increasingly common practice. It also grants to the arbitrators the authority to resolve situations in which in person hearings are impossible or very difficult to hold or to put an end to dilatory tactics. Time will tell if this change of setting will become standard. The benefits of holding hearings remotely shall, however, not overshadow the various challenges involved and in particular the difficulty to assess the credibility of a witness or to efficiently cross-examine such witness remotely.

Finally, with a view to modernizing arbitration and preserving the environment, the 2021 Rules favor communication by electronic means over paper filings by providing, among others, that the requests for arbitration and answers will no longer be communicated in hard copies unless it is expressly requested by a party (Articles 3(1), 4(4), and 5(3)).

Contacts



Philippe Hameau
Norton Rose Fulbright LLP
Partner, Avocat au barreau de Paris
Tel +33 1 56 59 53 13
philippe.hameau@nortonrosefulbright.com



Janice Feigher
Norton Rose Fulbright LLP
Counsel, Avocat au Barreau de Paris | Solicitor,
qualified in England and Wales
Tel +33 1 56 59 50 13
janice.feigher@nortonrosefulbright.com



Marc Robert
Norton Rose Fulbright LLP
Senior associate, Avocat au barreau de Paris
Tel +33 1 56 59 53 27
marc.robert@nortonrosefulbright.com



Norton Rose Fulbright is a global law firm. We provide the world's preeminent corporations and financial institutions with a full business law service. We have more than 3700 lawyers and other legal staff based in Europe, the United States, Canada, Latin America, Asia, Australia, Africa and the Middle East.

Law around the world

nortonrosefulbright.com

Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein, helps coordinate the activities of Norton Rose Fulbright members but does not itself provide legal services to clients. Norton Rose Fulbright has offices in more than 50 cities worldwide, including London, Houston, New York, Toronto, Mexico City, Hong Kong, Sydney and Johannesburg. For more information, see nortonrosefulbright.com/legal-notices. The purpose of this communication is to provide information as to developments in the law. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.

© Norton Rose Fulbright LLP. Extracts may be copied provided their source is acknowledged.
29943_EMEA - 01/21