


AN INSIGHT INTO ARBITRATION IN MOZAMBIQUE

PANORAMA DE L'ARBITRAGE AU MOZAMBIQUE

Tomás TIMBANE* and Filipa Cansado CARVALHO**

 Arbitration awards; International commercial arbitration; Mozambique

CONTEXT

Arbitration in Mozambique is currently regaining momentum. On the entry into force of Law 11/99¹ (1999), Mozambique seemed to be in rapid development and the enactment of an autonomous Arbitration Law (the Law), a demand of Mozambican entrepreneurs and international cooperation partners alike, appeared to be an adequate response to concerns of the economic agents regarding the state of justice.

The Confederation of Economic Associations, a strong group of economic organisations, assumed the leadership of the process of enacting and publicising the Law, and even created a centre of arbitration, mediation and conciliation which conducted several initial training courses for arbitrators in the Law's early years.

Nevertheless, the initial enthusiasm that the publication of the Law brought soon subsided, among other things, by virtue of a certain ignorance (notwithstanding the above referred efforts) regarding this form of dispute resolution and the small amount of interest it raised in legal practitioners.

Of late, however, the subject is again garnering interest with arbitration being more and more debated; in parallel, and although resort to arbitration is still infrequent, anecdotal evidence suggests that the number of both arbitration agreements and arbitral proceedings is increasing, with arbitration asserting itself progressively as a real and viable alternative to the lack of predictability and tardiness of state justice, typically more prone to dilatory tactics.

CONTEXTE

L'arbitrage au Mozambique prend actuellement un nouvel essor. Avec l'entrée en vigueur de la Loi n°11/99 (1999), le Mozambique semblait être en développement rapide et la promulgation d'une loi autonome sur l'arbitrage (ci-après la Loi), une demande conjointe des entrepreneurs mozambicains et des partenaires en matière de coopération internationale, semblait venir apporter une réponse adéquate aux préoccupations des acteurs économiques à l'égard de l'état de la justice.

La Confédération des associations économiques, un fort groupe d'organisations économiques, a assumé le leadership du processus de promulgation et publication de la Loi, et a même créé un centre d'arbitrage, médiation et conciliation qui a été chargé d'organiser de nombreuses formations initiales pour arbitres dans les premières années de la Loi.

Toutefois, l'enthousiasme initial que la publication de la Loi a suscité s'est très vite estompé, notamment à cause d'une certaine ignorance (nonobstant les efforts susmentionnés) vis-à-vis de cette forme de résolution de conflits et du faible intérêt qu'elle a suscité au sein des praticiens du droit.

Cependant, le sujet suscite à nouveau un intérêt, l'arbitrage se trouvant de plus en plus au cœur des débats. En parallèle, et bien que le recours à l'arbitrage soit encore peu fréquent, certains éléments portent à croire que le nombre de conventions d'arbitrage et de procédures d'arbitrage est en augmentation. L'arbitrage s'affirme progressivement comme une alternative réelle et viable au manque de prévisibilité et à la lenteur de la justice, davantage sujette aux tactiques dilatoires.

* GLM Law Firm (Mozambique), Partner.

** PLMJ Law Firm (Portugal), Senior Associate, Arbitration Team.

L'Etat a également contribué à cet intérêt renouvelé pour l'arbitrage en incluant cette méthode de résolution de conflits dans plusieurs lois importantes publiées au cours des dernières années, dont la plupart est censé servir de base à des investissements de grande dimension, comme la Loi sur le pétrole (2001), la Loi sur les mines (2002), la Loi sur l'investissement étranger (1993) et la Loi sur les partenariats publics-privés (2011).

L'ouverture de l'Etat à l'arbitrage est également visible dans le fait que le Mozambique est signataire de nombre de traités internationaux et conventions promouvant, que ce soit de manière directe ou indirecte, l'arbitrage, notamment la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 10 mars 1965 (CIRDI). Le Mozambique a signé des accords bilatéraux de protection de l'investissement avec plusieurs pays, notamment l'Afrique du Sud, le Portugal et la Chine, qui confient la résolution de litiges à l'arbitrage CIRDI.

Sous cette perspective, et face aux investissements qui sont actuellement faits au Mozambique (des investissements à long terme pour la plupart), il est tout naturel de s'attendre à ce que le recours à l'arbitrage prenne sous peu une autre dimension et une autre importance.

LA LOI

Avec 72 articles (qui réglementent également la conciliation et la médiation), la Loi s'est largement inspirée de la Loi type de la CNUDCI. Cela étant dit, elle contient néanmoins certaines spécificités qui méritent attention. Nous en aborderons d'ailleurs quelques-unes succinctement ci-après, ainsi que certaines particularités de la Loi.

Au début, la Loi énumère expressément les principes qui président à l'arbitrage, notamment l'autonomie des parties, la flexibilité, la confidentialité, l'indonéité, la célérité, l'égalité stricte des parties, les principes de l'audience (sauf convention contraire) et du contradictoire. Tandis que certains de ces principes ont une présence récurrente dans tous les statuts d'arbitrage, d'autres constituent des avantages proclamés de l'arbitrage qui ne sont pas d'habitude mentionnés dans les lois nationales, ce qui suggère que le législateur mozambicain s'est laissé guider ici par une intention pédagogique que nous considérons louable.

La Loi a adopté un modèle dualiste, réglementant d'abord l'arbitrage interne de manière détaillée. A la fin du chapitre dédié à l'arbitrage, elle présente quelques articles sur l'arbitrage international. L'arbitrage international est défini en termes très généraux (associant la définition utilisée dans les lois sur l'arbitrage portugaises et françaises à celle de la Loi type). Le chapitre correspondant comprend des dispositions spécifiques sur la loi applicable au fond du litige, l'aptitude des signataires de la convention d'arbitrage, la langue de la procédure, le nombre et la nomination d'arbitres et la notification de la décision aux parties. Ces dispositions sont en général la

The State has also contributed to this renewed interest in arbitration, by including this dispute resolution method in several relevant laws published in recent years, most of which are the basis for major investments: the Oil Law (2001), the Law of Mines (2002), the Foreign Investment Law (1993) and the Law on Public-Private Partnerships (2011).

The State's openness to arbitration is also apparent in the fact that Mozambique is signatory to a number of international treaties and conventions that directly or indirectly promote arbitration, including the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, signed in New York on 10 June 1958² and the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, signed in Washington on 10 March 1965 (ICSID). Mozambique has signed bilateral investment protection agreements with several countries, including South Africa, Portugal and China, which refer disputes to ICSID arbitration.

In view of this and of the investments presently being made in Mozambique, many of them long-term investments, it is natural to expect that recourse to arbitration will shortly gain another dimension and level of importance.

THE LAW

With 72 articles (which also regulate conciliation and mediation), the Law was largely inspired by the UNCITRAL Model Law.³ This being said it contains certain specific points that warrant attention, some of which will be addressed succinctly hereinafter together with some other peculiar aspects of the law.

At the outset, the Law expressly lists the principles that preside over arbitration, namely party autonomy, flexibility, privacy, suitability,⁴ celerity, strict equality of the parties, holding of a hearing unless otherwise agreed and adversarial procedure. While some of these are a recurring presence in arbitration statutes everywhere, others are proclaimed advantages of arbitration that typically are not deemed worthy of being mentioned in national laws, suggesting that the Mozambican legislator was moved here by a laudable pedagogical intention.

The Law has opted for a dualist model, regulating first and with considerable detail domestic arbitration. In the end of the arbitration section it has some articles on international arbitration. International arbitration is defined in very broad terms (combining the definition used in the French and Portuguese arbitration acts with that of the Model Law) and the corresponding section includes specific provisions on the law applicable to the merits of the dispute, capability of the signatories of the arbitration agreement, language of the proceedings, number and appointment of arbitrators and

notification of the award to the parties. These provisions are in general a transcription of the corresponding provision of the Model Law. As to the capability to enter into an (international) arbitration agreement, this will be assessed either further to the law of the domicile of the signatory or further to that of Mozambique, depending on which is more favourable to the validity of the arbitration agreement.

In addition to these provisions and unless the Parties agree otherwise (without prejudice of mandatory provisions) the provisions of the Law on domestic arbitration shall apply to international arbitration, with the necessary adjustments. For this reason, even in disputes of an international nature, it is always important to bear in mind the contents of the domestic arbitration section of the Law.

Regarding arbitrability, any dispute may be subject to arbitration pursuant to the Law, save for disputes that can only be decided in a state court or that concern rights that the parties may not freely waive or dispose of (literally, “non-available rights”).⁵ This being said, in contracts not subject to individual negotiation, the arbitration agreement will only be capable of being operated if the party adhering to the standard form is the claimant in the arbitration or if it expressly acquiesces to the beginning of arbitration proceedings.

Should a dispute regarding non-available rights which may impact the award arise within the proceedings, the Arbitral Tribunal should suspend the arbitration and refer the parties to the courts. Once the question is settled the judicial decision will be attached to the proceedings, which may then continue, where applicable.

The Law briefly addresses interim measures, expressly recognising both the power of the Arbitral Tribunal to order them and the compatibility of requests for court-ordered interim measures with arbitration agreements. Conversely, it has no provisions on consolidation, joinder, cross-claims and multi-party arbitration.

An aspect that requires attention for those involved in arbitration in Mozambique is the issue of the time limit for rendering the award. Absent an agreement to the contrary by the parties prior to the acceptance of the first arbitrator, the award must be rendered six months after the constitution of the Tribunal. According to the Law, this period can be doubled, in case of force majeure, mutual agreement of the parties or if the Arbitral Tribunal so decides. Since the arbitration agreement loses its validity where the award is not rendered within the applicable term, it is advisable that this is duly considered when drafting arbitration agreements.

Many of the particularities of the Law are related with arbitrators. Persons who are designated to act as arbitrators should be quick to communicate their decision to the parties

transcription des dispositions correspondantes de la Loi type. En ce qui concerne la capacité de quelqu'un de se soumettre des litiges à l'arbitrage (international), celle-ci sera évaluée soit par la loi du domicile du signataire soit par celle du Mozambique, la loi la plus favorable à la validité de la convention d'arbitrage étant retenue.

Outre ces dispositions et sauf accord contraire des parties (sans préjudice des dispositions obligatoires), les dispositions de la Loi sur l'arbitrage interne doivent s'appliquer à l'arbitrage international, après avoir été dûment ajustées. Pour cette raison, même dans les conflits de nature internationale, il est toujours important de garder à l'esprit la teneur du chapitre de la Loi sur l'arbitrage interne.

Quant à l'arbitrabilité, tout conflit peut être soumis à l'arbitrage en application de la Loi, à l'exception des conflits qui peuvent uniquement être décidés par un tribunal étatique d'Etat ou qui concernent des droits indisponibles. Ceci étant dit, dans les contrats d'adhésion, la convention d'arbitrage ne pourra être actionnée que si l'adhérent est le demandeur dans l'arbitrage ou s'il donne son consentement express au début de l'arbitrage.

Si un conflit concernant des droits indisponibles susceptible d'avoir un impact sur la décision survient au cours de la procédure, le tribunal arbitral doit suspendre l'arbitrage et renvoyer les parties au tribunal compétent. La question étant réglée, la décision judiciaire sera annexée à la procédure, qui pourra alors se poursuivre, le cas échéant.

La Loi aborde brièvement les mesures intérimaires, en reconnaissant expressément le pouvoir du tribunal arbitral de les ordonner et la compatibilité entre les demandes de mesures intérimaires ordonnées par la Cour et les conventions d'arbitrage. A l'inverse, elle ne contient aucune disposition sur la jonction, l'intervention, les demandes entre parties multiples et l'arbitrage multipartite.

Un des aspects qui requiert plus d'attention de ceux impliqués dans des arbitrages au Mozambique est la question des délais pour rendre une sentence. En l'absence d'accord à ce sujet entre les parties préalablement à l'acceptation du premier arbitre, la décision doit être rendue dans les six mois qui suivent la constitution du tribunal. Selon la Loi, ce délai peut être doublé en cas de force majeure, accord des parties ou si le tribunal arbitral le décide. Puisque la convention d'arbitrage perd sa validité si la décision n'est pas rendue dans le délai imparti, il est conseillé d'en tenir compte lors de la rédaction des conventions d'arbitrage.

La plupart des particularités de la Loi a trait aux arbitres. Toute personne indiquée comme arbitre doit faire preuve de rapidité dans la communication de sa

décision aux parties (particulièrement si elle souhaite refuser la nomination) étant donné que la Loi considère que la nomination est acceptée lorsque l'arbitre potentiel n'informe pas une ou les deux parties de son refus d'accepter le mandat dans les cinq jours suivant sa désignation. De plus, un arbitre ne peut être déchargé de cette fonction qu'en cas d'empêchement pour des motifs ultérieurs. La Loi énumère d'ailleurs les situations de déchargement illégitime pouvant engager la responsabilité d'un arbitre. L'arbitre peut également perdre le droit de recevoir ses honoraires s'il refuse de signer la décision ou s'il ne fournit pas par écrit les raisons de sa discordance.

Les devoirs des arbitres sont exposés en détail. Les arbitres sont tenus de faire preuve d'indépendance et d'impartialité d'une manière générale. De plus, les règles établissant quand les juges d'Etat peuvent ou doivent se récuser s'appliquent également aux arbitres. Sauf convention contraire entre les parties, toute personne agissant comme médiateur dans une procédure préalable (judiciaire ou arbitrale) concernant le conflit ne peut servir d'arbitre sauf si elle est désignée par les autres deux arbitres.

Entre autres obligations énumérées sous le titre « Ethique des arbitres », les arbitres sont par ailleurs expressément tenus d'agir avec loyauté et bonne foi, de traiter les parties et leurs représentants avec diligence, attention et courtoisie, d'avoir la disponibilité nécessaire pour l'arbitrage, de conduire la procédure avec diligence et d'éviter toute manœuvre dilatoire. Conformément à la Loi, le non-respect de ces « exigences éthiques » ouvre droit aux parties de récuser l'arbitre.

Si l'un des arbitres décède, se trouve dans un état d'invalidité permanente qui l'empêche d'accomplir son mandat, ou si la désignation respective cesse de produire ses effets, la procédure sera suspendue jusqu'à nomination d'un remplaçant, faute de quoi la convention d'arbitrage perdra sa validité.

En ce qui concerne la sentence arbitrale, la Loi permet aux parties de la contester de deux manières différentes : par une demande d'annulation (recours en annulation) ou par une demande d'opposition à l'exécution. Dans les deux cas, les raisons admissibles correspondent à celles énoncées dans la Loi type.

La demande d'annulation de la décision doit être présentée auprès du tribunal arbitral (qui transmettra alors le recours en annulation au tribunal compétent) dans un délai d'un mois suivant la date de notification de la décision arbitrale. La partie contraire doit répondre dans le même délai. Le recours en annulation suspend les effets de la décision.

Les décisions rendues au Mozambique ont force exécutoire sous les mêmes conditions que les décisions judiciaires nationales (sous réserve de leur dépôt, le cas échéant).

(especially if they want to decline the appointment), as the Law considers that the designation is accepted when the prospective arbitrator fails to declare in writing to any of the parties within five days as of the designation that he or she does not accept it. Moreover, an arbitrator can only legitimately excuse him or herself in case he or she is prevented by supervening causes from fulfilling the function. The illegitimate excuse of an arbitrator is one of several situations mentioned on the law that may trigger responsibility of the arbitrator. Also the arbitrator may lose the right to his/her fees if s/he refuses to sign the award or fails to state in writing the reasons of his/her dissent.

Arbitrators' duties are set out in considerable detail. In addition to being required to be independent and impartial in general terms, rules establishing when state judges should or can recuse themselves are also applicable to arbitrators. Unless the parties otherwise agree, persons having acted as mediators in previous proceedings (judicial or arbitral) regarding the dispute can serve as arbitrators but only if they are appointed by agreement of the other arbitrators.

Furthermore, and among other obligations listed under the heading "Arbitrators' ethics", arbitrators are expressly required to act with loyalty and good faith, treat the parties and their representatives with diligence, attention and courtesy, have the necessary availability for the arbitration, conduct the proceedings with diligence and preventing any dilatory manoeuvres. As per the Law, in case of failure to comply with these "ethical requirements" the parties may challenge the arbitrator.

Should one of the arbitrators die, become permanently unable to perform the mandate, or should the respective appointment cease to have effect, the proceedings will be suspended until a substitute is appointed, fault of which the arbitration agreement will lose its validity.

Moving on to the award, the Law allows the parties to challenge the arbitral award in two different ways, namely, by means of an application to set aside the award (an annulment action) or by means of an application opposing the enforcement of the decision. In both cases the admissible grounds correspond to those listed in the Model law.

The request to set aside the award must be filed before the Arbitral Tribunal (who will then forward the annulment action to the competent court) within one month of the date of notification of the arbitral award. The counterparty may answer within the same deadline. The annulment action suspends the effects of the arbitral award.

Awards made in Mozambique are enforceable on the same terms as national judicial decisions (provided they are deposited when so required).

ARBITRATION CENTRES AND LOGISTICS

On a national level, there are virtually no institutionalised arbitration organisations, something which has also contributed to a certain lethargy in the past. The exception is the Arbitration, Conciliation and Mediation Centre of Maputo (CACM) which has endeavoured since 2001 to contribute to the development and dissemination of arbitration as a means of alternative dispute resolution.

In addition to its rules of arbitration (which, in addition to replicating several articles of the Law, regulate several procedural issues), the CACM has had since its inception, fairly detailed rules on the conduct of arbitrators, conciliators and mediators (going beyond the ethical rules contained in the Law). Once a dispute is referred to CACM arbitration, these provisions become part of the arbitration agreement, as stated in art.2(2) of the Rules.

The CACM's efforts towards promoting arbitration might benefit from an overhaul of its Rules, which are somewhat outdated and may not be appropriate for large, complex disputes. Among other things, a revision of the Rules might allow—in line with the Law's spirit—for greater flexibility. Another problem that may be holding CACM arbitration back are the reduced fees paid to arbitrators, which have also steered the more qualified professionals away from CACM arbitration. In international terms, and this is again anecdotal evidence, the institution of reference when drafting an arbitration agreement seems to be the ICC (although this does not show in terms of Mozambique-related ICC arbitrations filed in the last few years).

Due to the incipient state of arbitration, there is still a lack of arbitration-related services (such as court reporters) and facilities in Mozambique. Other difficulties that may arise in connection with arbitral proceedings are related with the entry into the country of people playing a role in the arbitration, as visas are required for citizens of most countries and are not always easy and quick to obtain.

CONCLUSION

Despite aspects that can and should be improved, Mozambique has an arbitration-friendly law, which among other things, allows for freedom and flexibility as well as for the application of international regulations. Although jurisprudential (and even doctrinal) guidance as to the interpretation of the Law is scarce, the general environment is progressively becoming more favourable to arbitration, with economic agents and legal practitioners gradually becoming more conversant with this form of dispute resolution. This, combined with the increase in investments and the continuous legislative enlargement of the cases in which

CENTRES D'ARBITRAGE ET LOGISTIQUE

Au niveau national, il n'existe pratiquement aucune institution arbitrale, ce qui a également contribué à une certaine léthargie auparavant. Le Centre d'arbitrage, conciliation et médiation de Maputo (CACM) en est l'exception. Il s'efforce depuis 2001 de contribuer au développement et à la diffusion de l'arbitrage en tant que moyen alternatif de résolution des conflits.

En plus de son règlement sur l'arbitrage (qui reproduit non seulement plusieurs articles de la Loi mais régit aussi plusieurs questions procédurales), le CACM possède, depuis sa création, des règles relativement détaillées sur la conduite des arbitres, des conciliateurs et des médiateurs (allant au-delà des règles éthiques énoncées dans la Loi). Lorsqu'un conflit est soumis à l'arbitrage du CACM, ces dispositions deviennent partie intégrante de la convention d'arbitrage, tel qu'énoncé à l'art.2, para.2, du Règlement.

Les efforts du CACM en vue de promouvoir l'arbitrage pourraient bénéficier du remaniement de son règlement, qui est quelque peu désuet et peut ne pas convenir à de grands litiges complexes. Entre autres, la révision du règlement pourrait permettre une plus ample flexibilité, conformément à l'esprit de la Loi. Un autre problème qui peut être un obstacle à l'arbitrage du CACM est la question des faibles honoraires versés aux arbitres, ce qui a également écarté les professionnels les plus qualifiés de l'arbitrage du CACM. Au niveau international, et de manière empirique, l'institution de référence lors de la rédaction d'une convention d'arbitrage semble être la CCI (bien que cela ne soit pas visible dans les arbitrages de la CCI ayant des connexions avec le Mozambique déposés au cours des dernières années).

En raison de l'état embryonnaire de l'arbitrage, il existe toujours un manque d'installations et de services liés à l'arbitrage (comme les sténographes) au Mozambique. Une autre difficulté qui peut survenir en matière de procédure arbitrale est liée à l'entrée dans le pays de personnes jouant un rôle dans l'arbitrage, étant donné qu'un visa est nécessaire pour les citoyens de la plupart des pays et qu'il n'est pas toujours simple ni rapide de l'obtenir.

CONCLUSION

Bien qu'il soit possible et nécessaire d'améliorer certains aspects, le Mozambique dispose d'une loi favorable à l'arbitrage, qui, entre autres choses, accorde une certaine liberté et flexibilité et permet d'appliquer des règlements internationaux. En dépit du manque d'orientation jurisprudentielle (et même doctrinale) en matière d'interprétation de la Loi, l'environnement général devient de plus en plus favorable à l'arbitrage, notamment grâce à la familiarisation des acteurs économiques et des praticiens du droit avec cette forme de résolution de conflits. Ceci, conjointement avec l'augmentation des investissements et l'élargissement continu de la législation envisageant le recours à l'arbitrage,

devrait, à court et moyen terme, stimuler davantage l'arbitrage.

arbitration can or should be used, will hopefully result, in the short to medium run, in a greater impetus for arbitration.

Notes

1. Which revoked the ten articles on arbitration in the 1939 Civil Procedure Code.
2. With a reciprocity reservation.
3. Despite modifications since made to the latter, however, the Law was never revised or updated with a single exception, regarding the form of the enforcement procedure, which, with the extinction of the simplified process, went on to be summary.
4. This is what the Law calls the requirement that arbitrators be independent and impartial.
5. In addition, for some disputes special types of arbitration are set out in other legislative acts (this is the case for instance for administrative and labour arbitration). In these cases, arbitration is possible but the applicable rules will be those of the specific legislative act in question, complemented on a subsidiary basis by the provisions of the Law.