

# New Subsoil Law of the Republic of Kazakhstan: New Regulations and New Issues

## Новый Закон Республики Казахстан «О недрах»: новые регуляции и новые вопросы

Olga Chentsova, Doctor of Law Managing Partner,  
Aequitas Law Firm

О. И. Ченцова, управляющий партнер юридической  
фирмы Aequitas, кандидат юридических наук



of-charge transfer) requires competent authority's consent; changes in the legal regime of associated gas (which is now the state's property, unless otherwise established by contract), including rules for its flaring, processing and utilization; possibility to enter into combined exploration and development contracts only with respect to subsoil blocks and fields that are of strategic importance; significant increase of local content requirements; additional functions of national companies relating to the exercise of state priority right; changing the dispute settlement norm status from direct operation norm to reference norm; making retroactive a number of the new Law norms (including those pertaining to project documents, unification of terminology and provision of information on local content in its most different aspects in accordance with the procedure and forms approved by the competent authority), etc.

The new Law's peculiarity is in its significant detailing, from terms and definitions to state regulation in the subsoil use sphere. Some norms of the Law are made detailed by way of bringing in regulations from subordinate acts, e.g., provisions on contract project documents (including exploration and appraisal work projects, production work project documents, which were also previously regulated by subordinate acts) and provisions on field

### GENERAL ASSESSMENT OF THE NEW LAW

The new Law on Subsoil and Subsoil Use was adopted and enacted starting 7 July 2010 in Kazakhstan<sup>1</sup>. Concurrently, the 1995 Petroleum Law<sup>2</sup> and the 1996 Subsoil Law<sup>3</sup> became inoperative (the PSA Law<sup>4</sup> became inoperative even earlier, starting 1 January 2009).

The new Law is in many respects innovative, but not revolutionary, because one can both speak about significant novelties in subsoil use legal regulation and about continuity of such regulation.

As regards continuity, the most important is preservation of contract system in subsoil use. The concept of the new Law with respect to the aims and objectives of subsoil and subsoil use legislation, its content and principles and sphere of application and many other Law provisions have changed but little.

Important novelties include structural changes in the subsoil use legislation and numerous changes in different aspects of subsoil use legal regime. The most noteworthy structural change is that the new Law merges two previously effective laws, old Subsoil Law and Petroleum

Law. The structural changes also include promotion of a number of regulations from the level of subordinate legislation (mostly Government Decrees) to the level of a law. Generally, both changes seem reasonable, because the old Subsoil Law and Petroleum Law had similar concepts and largely duplicated each other; moreover, the Petroleum Law mostly operated in conjunction with the Subsoil Law. Uniting these two laws makes the relevant regulation more logical and convenient; similarly logical is transferring certain important subordinate regulations onto legislative level.<sup>5</sup>

As to changes in the legal regime of subsoil use, generally obvious is strengthening of the state's role and position in subsoil use relations, not only in public aspects, but also in civil law (private law) relations, as well as strengthening of administrative and other imperative provisions of legislation.

Important amendments include as follows: changes in the legal regime of subsoil use contracts and in functions of governmental agencies (which will be detailed further); expansion of the list of assets the transfer of which (including free-

<sup>1</sup> Law of the Republic of Kazakhstan, On Subsoil and Subsoil Use, dated 24 June 2010, enacted starting 7 July 2010 except for paragraph 3 of Article 77 to be enacted starting 1 October 2010 (hereinafter, the Law or the new Law).

<sup>2</sup> Law of the Republic of Kazakhstan, On Petroleum, dated 28 June 1995 (hereinafter, Petroleum Law).

<sup>3</sup> Law of the Republic of Kazakhstan, On Subsoil and Subsoil Use, dated 27 January 1996 (hereinafter, the old Subsoil Law).

<sup>4</sup> Law of the Republic of Kazakhstan, On Agreements (Contracts) on Production Sharing When Carrying Out Offshore Petroleum Operations, dated 8 July 2005.

<sup>5</sup> This article does not touch upon legal technique of the Law, including its internal structure. On the whole, both issues call for a number of critical comments.

abandonment and suspension (conservation). Also worth mentioning are the detailed Law regulations with respect to state's preemptive and priority right in the subsoil use sphere.

Legal bases of subsoil use in the new Law are generally outlined same as before<sup>6</sup> and are as follows. Kazakhstan legislation on subsoil and subsoil use is based, according to express stipulation in the Law, on the Republic's Constitution and consists of the Subsoil Law and other normative legal acts (NLAs).

In Kazakhstan, referred to NLAs are acts of different level, including laws and subordinate legislation approved by the Government, ministries and other authorized agencies. Acts regulating various aspects and stages of subsoil use are of special significance, because without them application of a number of the Law norms is essentially impossible. At present, a number of relevant acts have already been drafted<sup>7</sup> and many more are expected to be adopted.

As before, foreign individuals and legal entities, as well as stateless persons, exercise rights and bear liabilities in subsoil use relations *pari-passu* with local individuals and legal entities, unless otherwise established by the RoK laws (paragraph 3 of Article 3).

The Law preserves the norm pursuant to which civil relations associated with subsoil use right are regulated by the norms of civil legislation, unless regulated by the norms of the Law (paragraph 2 of Article 2). This norm is extremely important for apprehending and

appraising the civil law aspects of subsoil use, including with respect to conclusion and termination of subsoil use and ancillary contracts (e. g., tender agreements, pledge agreements, assignment agreements, etc.). It should be mentioned that if the old Law's article on contracts expressly stipulated that civil legislation is applicable to them, now this provision is deleted. However, the new Law's norm establishing (keeping) the possibility of civil law application allows for applying the relevant norms and principles to contracts and other civil relations (including with respect to losses, delicts, fault of the parties, acting in goods faith, etc.), which is important for correct resolution of various practical issues in the course of subsoil use.

The new Law reiterates the old Law's norm on international treaties' prevalence over national legislation (paragraph 3 of Article 2), which allows protecting the interests of those foreign investors to whom the Energy Charter Treaty (ratified by Kazakhstan in 1995) and numerous bilateral investment treaties would apply. For example, subject to international treaties it is possible to provide in contracts for international arbitration the use of which is not expressly stipulated by the new Law.

### STATE REGULATION OF SUBSOIL USE

Government. The Law defines the Government competence in the subsoil use sphere much broader than before, the Government now to «develop,» «approve,» «define,»

«establish,» «regulate» and «decide» on most various aspects of subsoil use (Article 16 of the Law contains 62 paragraphs specifying such activities); moreover, the Government «shall perform other functions entrusted to it by legislation.»

Competent Authority and other authorities<sup>8</sup>. The Law names and defines the powers of a number of state authorities:

- Competent Authority<sup>9</sup> for solid minerals, groundwater and therapeutic mud (currently, the Ministry of Industry and New Technologies);
- Competent Authority in the sphere of petroleum operations (currently, the Ministry of Oil and Gas);
- Authorized Agency in the sphere of oil and gas (currently, the Ministry of Oil and Gas);
- Authorized Agency in the sphere of industrial policy regulation (currently, the Ministry of Industry and New Technologies);
- Authorized Agency for the study and use of subsoil (currently, the Committee for Geology and Subsoil Use of the Ministry of Industry and New Technologies<sup>10</sup>);
- Authorized Agency in the sphere of environment protection (currently, the Ministry of Environment Protection<sup>11</sup>);
- Authorized Agency for population employment issues (currently, the Ministry of Labor and Social Protection of Population);
- Authorized Agency in the sphere of education and science (currently, the Ministry of Education And Science).

Local executive authorities. The Law defines the competence of local executive authorities of oblasts, city

<sup>6</sup> However, the mention of legislation on certain types of minerals and man-induced (technogenic) mineral formations was deleted from the Law, which is explainable due to insertion of the Petroleum Law provisions into the new Law and the fact that Kazakhstan does not have acts regulating particular minerals.

<sup>7</sup> By the time of this article preparation, there is information about draft subordinate NLAs, including the following that have been developed:

- 1) Unified rules for rational and integrated use of subsoil in the course of exploration and production at oil, gas and gas condensate fields of the RoK;
- 2) Rules for using capacities of trunk pipelines and railway overpasses in case free throughput capacity is available;
- 3) Rules for maintaining the unified database of petroleum production and turnover;
- 4) Set of draft documents on offshore petroleum operations and related operations;
- 5) Set of draft documents on local content and goods acquisition by subsoil users.

<sup>8</sup> Pursuant to the Edict No. 936 of the President of the Republic of Kazakhstan, On Further Improvement of the State Administration System of the Republic of Kazakhstan, dated 12 March 2010, the structure of state authorities underwent reorganization. Thus, the Ministry of Energy and Mineral Resources was reorganized into the Ministry of Oil and Gas and subsoil use issues, except for oil and gas, were transferred to the Ministry of Industry and New Technologies.

<sup>9</sup> Competent Authority – central executive authority exercising on behalf of the RoK the rights associated with conclusion and performance of contracts for exploration, production and combined exploration and production, except for the contracts for exploration and production of common minerals; such competent authority to be defined by the Government, unless otherwise established by laws and RoK President's acts (paragraph 62 of Article 1 of the Law).

<sup>10</sup> Authorized Agency for the Study and Use of Subsoil – state authority performing functions for implementation of the state policy and control in the sphere of geological survey, rational and integrated use of subsoil and other functions in the subsoil use sphere established by the RoK legislation (paragraph 14 of Article 1 of the Law). Such authority is the Committee for Geology and Subsoil Use of the Ministry of Industry and New Technologies of the Republic of Kazakhstan, performing special executive and control-and-supervision functions in the sphere of geological survey, rational and integrated use of subsoil and state administration of subsoil use.

<sup>11</sup> Ministry of Environment Protection of the Republic of Kazakhstan – central executive authority of the RoK performing administration and intersectoral coordination of the state policy implementation issues in the sphere of environment protection and use of natural resources, and ensuring environmentally sustainable development of society. The Ministry has a department – Committee for Environmental Regulation and Control.

of national significance (currently, Almaty) and the capital (Astana).

State commissions in subsoil use sphere are promoted to the legislative level of regulation. These include:

- Central Commission for Exploration and Development of Minerals and interregional commissions for exploration and development of common minerals<sup>12</sup>;
- Commission for Holding Tenders for Subsoil Use Right and tender commissions for granting subsoil use right for exploration or production of common minerals<sup>13</sup>;
- Interdepartmental Commission for the Issues of Exercise of State Priority Right<sup>14</sup>;
- Expert Commission for Subsoil Use Issues<sup>15</sup>;
- Expert Commission for Subsoil Use Issues Regarding Exploration or Production of Common Minerals<sup>16</sup>.

The Law defines the objectives, functions and rights of the commissions. However, as of today, they have not yet been fully formed and not all of them are working in the established regime.

### SUBSOIL USE CONTRACTS

The new Law preserves the contract system of subsoil use, which has been operating in this or another form since 1999 (from 1996 to 1999, Kazakhstan had a contract-and-license system).

It is specifically at the contract level that the subsoil users have the possibility to negotiate subsoil use terms and conditions with the state, because (despite numerous theoretical disputes and discussions on the legal nature of contracts, toughening of subsoil use legal regime and increase of imperative regulations) the contract still retains its civil

nature and leaves opportunity for investors to reach agreement on a number of its key terms. At the same time, Chapter 6 of the Law dealing with contracts invites many questions, both from the point of view of regulations contained therein and its legal technique.

The types of contracts are now (or, rather, again) classified in the Law according to the types of subsoil use operations and are subdivided into contracts for exploration, contracts for production, contracts for combined exploration and production and contracts for construction and/or operation of underground facilities not associated with exploration or production, the contract for geological survey of subsoil being identified separately.

It is well known that according to the old Subsoil Law and Petroleum Law, since 1995-1996 until 1999 and then since 2004 until adoption of the new Law, there existed a classification of contracts (with some changes occurring over these years) that reflected their legal nature. Beside this, all legislative regulations preceding the new Law allowed for the conclusion of other types of contracts not directly stipulated by legislation.

In our view, by virtue of applicable provisions of civil legislation, currently, it is also possible to use the contracts of different legal types and kinds: concession agreements, service contracts, PSAs, etc. Even if these contracts are not relevantly named (which has not been the case with the local practice before as well, except for PSAs), by their legal essence they will still be those mentioned. It is a pity that instead of possible development of legal constructions the lawmaker preferred

to altogether abandon regulations on contracts, which are based on contracts' legal nature.

Pursuant to the new Law, contract terms and conditions (except for contracts for state geological study of subsoil) are to be determined subject to provisions of model contracts according to the types of subsoil use approved by the Government, and must include a large number of provisions.<sup>17</sup> Beside the originally established terms and conditions consisting of 27 paragraphs, contracts must also contain other numerous provisions expressly set out in the Law and beside this «*may also contain other provisions*» (paragraph 2 of Article 61).

By virtue of civil legislation rules regarding material contract provisions, all 27 paragraphs and other provisions set forth in Article 61 of the new Law may be deemed material. This means that each of these provisions must be included into the contract, otherwise there is a risk that the contract will be recognized as non-concluded.

But why would it be necessary to include into the contract the provision on taxation and accounting, if the contracts are to be governed by the general taxation regime and accounting rules? Why would the contract need the governing law provision, if the Law imperatively establishes that the governing law for contracts must be the RoK law? Same may be said about at least half of contract provisions to be mandatorily included into the text of the contract. And this is not just the issue of flawed legal technique, but also, unfortunately, that of poor lawmaker's overall comprehension of the importance of correctly defining the contract terms and conditions.

<sup>12</sup> *Central Commission for Exploration and Development of Minerals* – collective body set up by the competent authority to consider project documents on survey, evaluation and development of mineral deposits, except for common minerals (paragraph 81 of Article 1 of the Law). *Interregional Commission for Exploration and Development of Common Minerals* – collective body of a territorial subdivision of the authorized agency for the study and use of subsoil designated for consideration of project documents on survey, evaluation and development of common minerals deposits (paragraph 51 of Article 1 of the Law).

<sup>13</sup> *Commission for Holding Tenders for Subsoil Use Right* – permanent collective body set up by the RoK Government in order to hold tenders and define their winners (paragraph 24 of Article 1 of the Law). *Tender Commission for Granting Subsoil Use Right for Exploration or Production of Common Minerals* – permanent collective body set up by the local executive authority of an oblast, city of national significance or the capital for holding tenders and defining their winners (paragraph 49 of Article 1 of the Law).

<sup>14</sup> *Interdepartmental Commission for the Issues of Exercise of State Priority Right* – consultative-and-advisory body set up by the Government for consideration of issues and development of recommendations on acquisition (waiver of acquisition) by the state of the subsoil use right being alienated (a part thereof) and/or facilities related to subsoil use right in the RoK (paragraph 67 of Article 1 of the Law).

<sup>15</sup> *Expert Commission for Subsoil Use Issues* – consultative-and-advisory body set up by the competent authority and developing proposals for the competent authority on issues defined in Article 24 of the Law (paragraph 25 of Article 1 of the Law).

<sup>16</sup> *Expert Commission for Subsoil Use Issues Regarding Exploration or Production of Common Minerals* – consultative-and-advisory body set up by the local executive authority of an oblast, city of national significance or the capital and developing proposals for the competent authority on issues defined in Article 24 of the Law (paragraph 50 of Article 1 of the Law).

<sup>17</sup> Among which are as follows: 1) definitions; 2) contract objectives; 3) contract term; 4) contract area; 5) title to property and information; 6) state's right to the acquisition and requisition of minerals; 7) general rights and obligations of the parties; 8) period of exploration or production (depending on contract type); 9) commercial discovery; 10) measurement of mineral; 11) performance of contracted work; 12) financing; 13) taxation; 14) accounting; 15) insurance; 16) suspension (conservation) or abandonment and abandonment fund; 17) protection of subsoil and environment; 18) safety of population and personnel; 19) subsoil user's liability for contract terms violation; 20) force majeure; 21) confidentiality; 22) transfer of rights and obligations; 23) governing law; 24) dispute resolution; 25) contract stability guarantees; 26) contract suspension and termination; 27) language of contract.

The requirement to include into contracts the provision regarding penalty (fine, interest penalty) for subsoil user's failure to perform its obligations invites the following questions. Why is the penalty norm formulated as imperative, but mentions no specific amount of sanctions? Since penalties may be very small or very large, based on which objective (or subjective) criteria will the issue of their specific amount be resolved? It is unclear from the Law whether it is necessary to provide in contracts for a penalty for breaching all types of obligations, or only some of them?

We believe that under market conditions such universal sanction as loss compensation may and should be used as a principal one, and application of this sanction by contract parties is possible by virtue of civil law norms. Yet, to establish or not penalties and their amount in the contract should be exclusively the parties' decision to be based on their free expression of will.

The new Law significantly changes the contract conclusion procedure: the preparation and approval of project documents and work program are now to precede the conclusion of contract, not to follow it as before. The number of contract expert examinations has been reduced. The contract conclusion procedure is set out in the Law in fairly much detail, however, even at a first glance certain unclear points in this regard give way to questions. Probably, only practice will allow to fully evaluate the pros and cons of the new regulations.

#### OTHER ISSUES OF THE NEW LAW

Beside those touched upon in this article, the new Law has many other regulation issues that are disputable, unclear and problem-causing.

The problem issues include the patently unequal positions of the state and subsoil user as parties to contract. The issue of contract termination is similar in regulation with the old Law and still very acute, in particular, the right of the state in the person of its competent authority to unilaterally terminate the contract early on a number of grounds (Article 72). In the new Law, such grounds are, specifically, subsoil user's failure to eliminate, within the term specified in the competent authority's notification, two or more breaches of obligations established by the subsoil use contract or by project documents (according to official information of the RoK Ministry of Industry and New Tech-



nologies, about 42 subsoil use contracts have been terminated since the beginning of 2010, unilaterally or by agreement or the parties<sup>18</sup>).

Another ground for unilateral contract termination are cases described in paragraph 3 of Article 71 of the new Law (a similar norm existed in the old Law as well), pursuant to which: «...if subsoil user's actions in the course of subsoil use operations with respect to subsoil blocks or deposits of strategic significance lead to a change in Republic of Kazakhstan's economic interests, which endangers national security, the competent authority may demand to change and/or amend the contract provisions, including previously concluded contract, in order to restore the economic interests of the Republic of Kazakhstan.» It is just impossible to logically explain this norm subject to any Kazakhstan legislative provisions currently in effect (as impossible it was with respect to the similar norm of the old Law). However, the norm does exist and remains one of the most dangerous for investors due to its unpredictability.

Another example, not so large-scale, but still representative, may be the regulation of penalties in contracts. Requirements to include penalties into contracts exist only with respect to subsoil user, but do not exist with respect to the state as a partner under the contract. However, the state is far from always fulfilling all of its obligations. Why then the subsoil user, being a weak-

er party to the contract, is put in a position, which is patently unequal as compared to that of the state? Of course, it is not too difficult to understand that in any case the subsoil user will hardly always seek to collect sanctions from the state, running the risk of incurring the latter's displeasure and being subjected to altogether different sanctions. Still, such explicit inconsistency at the Law level is innately unfair.

As before, in the new Law the status of strategic partner is not quite clear. The term «strategic partner» was first introduced in the Petroleum Law in December 2004 and now it covers other types of subsoil use. Since the introduction of this concept into legislation and until today, the legal status of strategic partner has never been expressly defined, neither at the level of legislative, nor at the level of subordinate acts. Similarly, the legislation does not determine the procedure for acquiring this status.

The definition of strategic partner contained in the new Law does not expressly imply that the strategic partner is to mandatorily be a direct or indirect subsoil user, therefore, it is also possible that the strategic partner may participate by way of project financing in return for a share in profit to be determined in the joint operating agreement.

In view of all the above, it is clear that the experts are yet to strain their minds to correctly and accurately comprehend the new Subsoil Law bearing, however, in mind that the Law does not always allow for this. ■

<sup>18</sup> KazInform national information agency, 2 September 2010.

## ОБЩАЯ ОЦЕНКА НОВОГО ЗАКОНА

В Казахстане принят и с 7 июля 2010 года введен в действие новый Закон «О недрах и недропользовании»<sup>1</sup> (далее — новый Закон). Одновременно утратили силу законы «О нефти»<sup>2</sup> 1995 года (далее — Закон «О нефти») и «О недрах»<sup>3</sup> 1996 года (далее — старый Закон «О недрах»). Закон «Об СРП»<sup>4</sup> утратил силу еще раньше — с 1 января 2009 года.

Новый Закон во многих отношениях носит новаторский характер, но не революционный, поскольку можно говорить как о существенных новеллах в правовом регулировании недропользования, так и о преемственности этого регулирования.

В части преемственности наиболее важным является сохранение контрактной системы недропользования. Концепция нового Закона относительно целей и задач законодательства о недрах и недропользовании, его состава и принципов, сферы применения и многие другие положения закона изменились мало.

Среди важных новшеств — структурные изменения в законодательстве о недропользовании и многочисленные изменения различных сторон его правового режима. Самое примечательное структурное изменение — это объединение в новом Законе двух ранее действовавших законов — «О недрах» и «О нефти». К структурным изменениям может быть отнесен перенос ряда регуляций с уровня подзаконных актов (чаще всего постановлений правительства) на законодательный уровень. В целом и то, и другое представляется оправданным, поскольку старые законы «О недрах» и «О нефти» имели одинаковую концепцию, в значительной мере дублировали друг друга, а кроме того, Закон «О нефти» работал преимущественно в совокупно-

сти с Законом «О недрах». Объединение этих законов делает соответствующее регулирование более логичным и удобным. Перенос на законодательный уровень ряда важных подзаконных регуляций также логичен<sup>5</sup>.

Что касается изменений в правовом режиме недропользования, то в целом очевидно усиление роли и позиций государства в отношении по недропользованию не только в аспектах публичного характера, но и в гражданско-правовых (частно-правовых) отношениях, а также усиление административных и прочих императивных положений законодательства.

Среди важных изменений и дополнений — изменения касательно правового режима контрактов на недропользование и функций государственных органов (о чем подробнее будет сказано ниже); расширение перечня активов, на передачу которых (в том числе безвозмездную) требуется разрешение компетентного органа; изменение правового режима попутного газа (который теперь является собственностью государства, если иное не установлено контрактом), в том числе правил его сжигания, переработки и утилизации; возможность заключать совмещенные контракты на разведку и добычу только в отношении участков недр и месторождений, имеющих стратегическое значение; значительное увеличение требований относительно казахстанского содержания; дополнительные функции национальных компаний по реализации приоритетного права государства; изменение нормы о разрешении споров с нормы прямого действия на отсылочную; придание ряду норм нового Закона обратной силы (в том числе в части проектных документов, унификации терминологии, предоставления информации о казахстанском содержании

по самым разным его аспектам в порядке и по формам, утверждаемым компетентным органом) и т. д.

Особенностью нового Закона является его значительная детализация — от терминов и определений до государственного регулирования в сфере недропользования. Некоторые нормы нового Закона детализированы за счет переноса регуляций из подзаконных актов, например, положения о проектных документах контрактов (в том числе о проектах поисковых и оценочных работ, о проектных документах на проведение работ по добыче, регуляции о которых ранее также содержались в подзаконных актах), положения о ликвидации и консервации месторождений. Следует отметить детальные регуляции нового Закона относительно преимущественного и приоритетного права государства в сфере недропользования.

Правовая основа недропользования в новом Законе в целом обозначена так же, как и ранее<sup>6</sup>, и заключается в следующем. Казахстанское законодательство о недрах и недропользовании в силу прямого указания нового Закона основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из Закона «О недрах» и иных нормативно-правовых актов (НПА).

К НПА в Казахстане относятся акты различного уровня, в том числе законы и подзаконные акты, утверждаемые правительством, министерствами и другими уполномоченными органами. Особое значение имеют специальные акты, регулирующие различные аспекты и стадии недропользования, поскольку без них применение ряда норм нового Закона, по существу, невозможно. В настоящее время уже подготовлен ряд проектов соответствующих актов<sup>7</sup> и ожидается принятие многих других.

<sup>1</sup> Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 года, введен в действие 07 июля 2010 года, за исключением п. 3 ст. 77, который вводится в действие с 01 октября 2010 года.

<sup>2</sup> Закон Республики Казахстан «О нефти» от 28 июня 1995 года.

<sup>3</sup> Закон Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996.

<sup>4</sup> Закон Республики Казахстан «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» от 8 июля 2005 года.

<sup>5</sup> В данной работе не затрагиваются вопросы юридической техники нового Закона, в том числе вопросы его внутренней структуры. В целом и то, и другое вызывает ряд критических замечаний.

<sup>6</sup> Однако из нового Закона исключено упоминание о законодательстве об отдельных видах полезных ископаемых и техногенных минеральных образованиях, что объяснимо ввиду включения положений Закона «О нефти» в новый Закон и отсутствия в Казахстане актов, регулирующих те или иные полезные ископаемые.

<sup>7</sup> К моменту подготовки статьи было известно о проектах подзаконных НПА к Закону «О недрах», в том числе разработаны:

- 1) Единые правила по рациональному и комплексному использованию недр при разведке и добыче нефтяных, газовых и нефтегазоконденсатных месторождений РК;
- 2) Правила использования мощностей магистральных трубопроводов и железнодорожных эстакад в случае наличия свободной пропускной мощности;
- 3) Правила ведения единой базы данных добычи и оборота нефти;
- 4) пакет проектов документов касательно нефтяных операций на море и связанных с ними;
- 5) пакет проектов документов по казахстанскому содержанию и приобретению товаров недропользователями.

Как и ранее, иностранцы и иностранные юридические лица, а также лица без гражданства пользуются правами и несут обязанности в отношениях по недропользованию наравне с гражданами и юридическими лицами Казахстана, если иное не предусмотрено законами республики (п. 3 ст. 3).

В новом Законе сохранена норма, согласно которой гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами нового Закона (п. 2 ст. 2). Данная норма чрезвычайно важна для понимания и оценки гражданско-правовых аспектов недропользования, в том числе относительно заключения и расторжения контрактов на недропользование и сопутствующих недропользованию договоров (например, договоров конкурса, залогов, уступки прав и т. д.). Следует отметить, что если в старом Законе в статье о контрактах прямо говорилось о применении к ним гражданского законодательства, то теперь такая оговорка исключена. Но наличие (сохранение) в новом Законе нормы о возможности применения гражданского законодательства позволяет применить к контрактам и иным гражданско-правовым отношениям соответствующие нормы и принципы (в том числе относительно убытков, деликтов, вины сторон, добросовестности поведения и т. д.), что важно для правильного решения различных практических вопросов при осуществлении недропользования.

Новый Закон повторяет норму старого Закона о приоритете международных договоров над национальным законодательством (п. 3 ст. 2), что позволяет защищать интересы тех иностранных инвесторов, к которым будут применимы Договор к Энергетической хартии (ратифицированный Казахстаном в 1995 году), а также многочисленные международные договоры о защите инвестиций. Например, с учетом международных договоров, в контракты может быть включен иностранный арбитраж, использование которого новым Законом прямо не предусмотрено.

### ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ

Правительство. Новый Закон значительно шире, чем ранее, определяет компетенцию правительства в сфере недропользования, которое «разрабатывает», «утверждает», «определяет», «устанавливает», «регулирует», «принимает решения» по самым различным аспектам недропользования (ст. 16 нового Закона содержит 62 пункта, конкретизирующих такую деятельность), а кроме того, правительство «выполняет иные возложенные на него законодательством функции».

Компетентный и другие органы. Новый Закон называет и определяет полномочия ряда государственных органов:

- 1) компетентного органа<sup>9</sup> в части твердых полезных ископаемых, подземных вод и лечебных грязей (в н. в. — Министерство индустрии и новых технологий);
- 2) компетентного органа в области нефтяных операций (в

н. в. — Министерство нефти и газа);

3) уполномоченного органа в области нефти и газа (в н. в. — Министерство нефти и газа);

4) уполномоченного органа в области регулирования индустриальной политики (в н. в. — Министерство индустрии и новых технологий);

5) уполномоченного органа по изучению и использованию недр (в н. в. — Комитет геологии и недропользования Министерства индустрии и новых технологий<sup>10</sup>);

6) уполномоченного органа в области охраны окружающей среды (в н. в. — Министерство охраны окружающей среды<sup>11</sup>);

7) уполномоченного органа по вопросам занятости населения (в н. в. — Министерство труда и социальной защиты населения);

8) уполномоченного органа в области образования и науки (в н. в. — Министерство образования и науки).

Местные исполнительные органы. Законом определена компетенция местных исполнительных органов области, города республиканского значения (в н. в. — г. Алматы) и столицы (г. Астана).

Государственные комиссии в сфере недропользования выведены на законодательный уровень регулирования. В их число входят:

- Центральная комиссия по разведке и разработке полезных ископаемых и межрегиональные комиссии по разведке и разработке общераспространенных полезных ископаемых<sup>12</sup>.
- Комиссия по проведению конкурсов на предоставление права недропользования и кон-

<sup>8</sup> В соответствии с Указом Президента РК № 936 от 12 марта 2010 года «О дальнейшем совершенствовании системы государственного управления Республики Казахстан» произошла реорганизация структуры государственных органов. Так, Министерство энергетики и минеральных ресурсов было реорганизовано в Министерство нефти и газа, а вопросы недропользования, за исключением нефти и газа, перешли к Министерству индустрии и новых технологий.

<sup>9</sup> Компетентный орган — центральный исполнительный орган, осуществляющий реализацию от имени РК прав, связанных с заключением и исполнением контрактов на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу, за исключением контрактов на разведку, добычу общераспространенных полезных ископаемых, определяемый Правительством, если иное не установлено законами и актами Президента РК (п. 62 ст. 1 Нового Закона).

<sup>10</sup> Уполномоченный орган по изучению и использованию недр — государственный орган, осуществляющий функции по реализации государственной политики и контролю в сфере геологического изучения, рационального и комплексного использования недр, а также иные функции в сфере недропользования, установленные законодательством РК (п. 14 ст. 1 нового Закона). Таким органом является Комитет геологии и недропользования Министерства индустрии и новых технологий, осуществляющий специальные исполнительные и контрольно-надзорные функции в области геологического изучения, рационального и комплексного использования недр и государственного управления недропользованием.

<sup>11</sup> Министерство охраны окружающей среды Республики Казахстан — центральный исполнительный орган РК, осуществляющий руководство и межотраслевую координацию по вопросам реализации государственной политики в области охраны окружающей среды и природопользования и обеспечения экологически устойчивого развития общества. Министерство имеет ведомство — Комитет экологического регулирования и контроля.

<sup>12</sup> Центральная комиссия по разведке и разработке полезных ископаемых — коллегиальный орган, создаваемый компетентным органом, по рассмотрению проектных документов по поиску, оценке и разработке месторождений полезных ископаемых, кроме общераспространенных (п. 81 ст. 1 нового Закона). Межрегиональная комиссия по разведке и разработке общераспространенных полезных ископаемых — коллегиальный орган территориального подразделения уполномоченного органа по изучению и использованию недр по рассмотрению проектных документов по поиску, оценке и разработке месторождений общераспространенных полезных ископаемых (п. 51 ст. 1 нового Закона).

курсные комиссии по предоставлению права недропользования на разведку или добычу общераспространенных полезных ископаемых<sup>13</sup>.

- Межведомственная комиссия по вопросам осуществления приоритетного права государства<sup>14</sup>.

- Экспертная комиссия по вопросам недропользования<sup>15</sup>.

- Экспертная комиссия по вопросам недропользования на разведку или добычу общераспространенных полезных ископаемых<sup>16</sup>.

Законом определены задачи, функции и права комиссий, однако в настоящее время они еще не сформированы полностью и не все из них работают в установленном режиме.

### КОНТРАКТЫ НА НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ

В силу нового Закона в Казахстане сохранена контрактная система недропользования, действующая в том или ином виде с 1999 года (с 1996 по 1999 гг. в Казахстане существовала контрактно-лицензионная система).

У недропользователей именно на уровне контрактов есть возможность вести переговоры с государством об условиях недропользования, поскольку (несмотря на многочисленные теоретические споры и дискуссии о правовой природе контрактов, ужесточение правового режима недропользования и увеличение императивных регуляций) контракт все-таки сохраняет свою гражданско-правовую природу и оставляет возможности для инвесторов договариваться по ряду

его важнейших условий. Вместе с тем глава 6 Закона о контрактах вызывает большое количество вопросов, как с точки зрения существа содержащихся в ней регуляций, так и с позиций юридической техники.

Виды контрактов в Законе классифицированы теперь (а точнее, опять) по видам операций на недропользование и подразделяются на контракты на разведку; на добычу; совмещенную разведку и добычу; строительство и (или) эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей, и выделен контракт на геологическое изучение недр.

Известно, что, согласно старому Закону «О недрах» и Закону «О нефти», с 1995—1996 по 1999 год, а затем с 2004 года до принятия нового Закона существовала классификация контрактов (с некоторыми изменениями на протяжении этих лет), отражающая их юридическую природу. Кроме того, во всех предшествующих новому Закону законодательных регуляциях допускалось заключение контрактов иных видов, прямо не предусмотренных законодательством.

Полагаю, что в силу применимых положений гражданского законодательства в настоящее время также возможно использование контрактов различных юридических типов и видов — концессионных, сервисных, СРП и т. д. Даже если эти контракты не будут иметь соответствующего названия (чего и ранее в казахстанской практике обычно не бывало, за исключением СРП), то по своей юридической сути

они будут являться таковыми. Вызывает сожаление то обстоятельство, что законодатель вместо возможного развития юридических конструкций предпочел вообще отказаться от регуляций контрактов, основанных на их юридической природе.

Условия контрактов согласно новому Закону (за исключением контракта (договора) на государственное геологическое изучение недр) должны определяться с учетом положений модельных контрактов по видам недропользования, утверждаемых правительством, и должны включать множество условий<sup>17</sup>. Контракт, помимо первоначально установленных условий из 27 пунктов, также должен содержать другие многочисленные условия, прямо изложенные в новом Законе, и, кроме того, «может содержать и другие положения» (п. 2 ст. 61).

В силу правил гражданского законодательства о существенных условиях договора все 27 пунктов, а также и другие условия, указанные в статье 61 нового Закона, могут считаться существенными. Это означает, что каждое из этих условий должно быть включено в контракт под угрозой признания контракта незаключенным.

Но зачем, например, включать в контракт условие о налогообложении и бухучете, если контракты будут подчинены общему налоговому режиму и правилам бухучета? Зачем в контракте нужна норма о применении права, если новым Законом императивно установлено, что применимым правом по контрактам является право РК? То же самое

<sup>13</sup> *Комиссия по проведению конкурсов на предоставление права недропользования* — постоянно действующий коллегиальный орган, создаваемый Правительством РК в целях проведения конкурса и определения его победителя (п. 24 ст. 1 нового Закона). *Конкурсная комиссия по предоставлению права недропользования на разведку или добычу общераспространенных полезных ископаемых* — постоянно действующий коллегиальный орган, создаваемый местным исполнительным органом области, города республиканского значения, столицы в целях проведения конкурса и определения победителя (п. 49 ст. 1 нового Закона).

<sup>14</sup> *Межведомственная комиссия по вопросам осуществления приоритетного права государства* — консультативно-совещательный орган, создаваемый Правительством в целях рассмотрения вопросов и выработки рекомендаций о приобретении (отказе от приобретения) государством отчуждаемого права недропользования (его части) и (или) объектов, связанных с правом недропользования в РК (п. 67 ст. 1 нового Закона).

<sup>15</sup> *Экспертная комиссия по вопросам недропользования* — консультативно-совещательный орган, создаваемый компетентным органом, осуществляющий выработку предложений компетентному органу по вопросам, определенным в статье 24 Закона (п. 25 ст. 1 нового Закона).

<sup>16</sup> *Экспертная комиссия по вопросам недропользования на разведку или добычу общераспространенных полезных ископаемых* — консультативно-совещательный орган, создаваемый местным исполнительным органом области, города республиканского значения, столицы, осуществляющий выработку предложений по вопросам, определенным в статье 24 Закона (п. 50 ст. 1 нового Закона).

<sup>17</sup> В том числе: 1) определения; 2) цель контракта; 3) срок действия контракта; 4) контрактная территория; 5) право собственности на имущество и информацию; 6) право государства на приобретение и реквизицию полезных ископаемых; 7) общие права и обязанности сторон; 8) период разведки или добычи (в зависимости от вида контракта); 9) коммерческое обнаружение; 10) измерение полезного ископаемого; 11) выполнение погрядных работ; 12) финансирование; 13) налогообложение; 14) бухгалтерский учет; 15) страхование; 16) консервация или ликвидация и ликвидационный фонд; 17) охрана недр и окружающей среды; 18) безопасность населения и персонала; 19) ответственность недропользователя за нарушение условий контракта; 20) непреодолимая сила; 21) конфиденциальность; 22) передача прав и обязанностей; 23) применимое право; 24) порядок разрешения споров; 25) гарантии стабильности контракта; 26) условия приостановления и прекращения действия контракта; 27) язык контракта.

можно сказать по крайней мере о половине предписанных к включению в текст условий контракта. И это не только вопрос плохой юридической техники, но и, к сожалению, плохого понимания законодателем значения правильного определения условий контракта в целом.

Требование о включении в условие контракта неустойки (штрафа, пени) за неисполнение недропользователем обязательств вызывает следующие вопросы. Почему норма о неустойке сформулирована как императивная, но не содержит конкретного размера санкций? Ведь неустойки могут быть как очень малы, так и очень велики, и на основе каких объективных (или субъективных?) критериев будет решаться вопрос об их конкретном размере? Из нового Закона не ясно, за нарушение всех видов обязательств необходимо включать в контракты неустойку или только за некоторые из них?

Полагаю, что в рыночных условиях в качестве основной может и должна выступать такая универсальная санкция, как возмещение убытков, и применение этой санкции у сторон контракта возможно в силу норм гражданского права. А установление или неустановление в контракте неустоек и их размеров должно являться исключительно решением сторон контракта, основанном на их свободном волеизъявлении.

**Порядок заключения контрактов согласно новому Закону** существенно изменился, теперь подготовка и утверждение проектных документов и рабочей программы происходит до заключения контракта, а не после, как было ранее. Сократилось число экспертиз контракта. Процедура заключения контракта изложена в новом Законе достаточно подробно, но уже при первоначальном его изучении вызывают вопросы некоторые неясности в этой части. Вероятно, только практика в полной мере сможет позволить оценить достоинства и недостатки новых регуляций.

### ДРУГИЕ ВОПРОСЫ НОВОГО ЗАКОНА

Помимо затронутых в настоящей статье вопросов в новом Законе имеются многие другие спорные, неясные и проблемные положения в правовом регулировании.

К числу проблемных относится заведомо неравное во многих отношениях положение го-

сударства и недропользователя как сторон контракта. Сходным по регулированию со старым Законом и по-прежнему особенно болезненным является вопрос о прекращении действия контрактов, а точнее, право государства в лице своего компетентного органа в одностороннем порядке досрочно прекратить действие контракта по ряду оснований (ст. 72). Таким основанием в новом Законе является, в частности, неисполнение недропользователем в указанный в уведомлении компетентного органа срок более двух нарушений обязательств, установленных контрактом на недропользование либо проектными документами (по официальным данным, Министерством индустрии и новых технологий Казахстана с начала 2010 года в одностороннем порядке и по согласию сторон расторгнуто порядка 42 контрактов на недропользование)<sup>18</sup>.

Другим основанием для одностороннего расторжения контракта являются случаи, указанные в ст. 71 (п. 3) нового Закона (подобная норма существовала и в старом Законе), согласно которой: «...если действия недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр, месторождений, имеющих стратегическое значение, приводят к изменению экономических интересов Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности, компетентный орган вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контракта, в том числе ранее заключенного контракта, с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан». Истолковать логически эту норму с учетом любого действующего в настоящее время казахстанского законодательного акта просто невозможно (как невозможно это было сделать и в отношении аналогичной нормы старого Закона). Однако норма существует, и в силу ее непредсказуемости она была и остается одной из самых опасных для инвесторов.

Еще одним примером — не столь масштабным, но тоже показательным — может служить регулирование неустоек при заключении контрактов. Требования относительно включения в контракт неустойки содержатся только в отношении недропользователя, но не содержатся в отношении государства как партнера по контракту. Однако

государство далеко не все свои обязанности и не всегда выполняет надлежащим образом. Почему же недропользователь, как более слабая сторона договора, ставится в заведомо неравное положение с государством? Конечно, несложно понять, что недропользователь в любом случае далеко не всегда будет взыскивать санкции с государства под угрозой вызвать недовольство последнего и применения уже совсем других санкций по отношению к недропользователю. Но такое откровенное несоответствие на уровне нового Закона изначально является несправедливым.

Статус стратегического партнера в новом Законе, как и ранее, не вполне ясен. Впервые термин «стратегический партнер» был введен в Закон «О нефти» в декабре 2004 года, а теперь он распространен и на другие виды недропользования. С момента введения данного понятия в законодательство и по настоящий момент ни на уровне законодательных актов, ни на уровне подзаконных правовых статус стратегического партнера прямо не определяется. Законодательство также не определяет порядок приобретения соответствующего статуса.

Из существующего определения стратегического партнера, которое содержится в новом Законе «О недрах», прямо не следует, что стратегический партнер обязательно должен быть прямым или косвенным недропользователем, поэтому также вероятно, что стратегический партнер может участвовать путем финансирования проекта в обмен на долю в прибыли, которая будет определена в договоре о совместной деятельности.

Таким образом очевидно, что специалистам предстоит приложить еще немало усилий для правильного и точного понимания нового Закона «О недрах», с учетом, однако, того обстоятельства, что закон не всегда позволяет это сделать. ■



<sup>18</sup> Национальное информационное агентство «КазИнформ», 2 сентября 2010 года.