

## ИЗМЕНЕНИЕ ПРАВОВОГО РЕЖИМА РАЗРАБОТКИ ПОЛЕЗНЫХ ИСКОПАЕМЫХ В КАЗАХСТАНЕ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ОСНОВНЫХ ИЗМЕНЕНИЙ

Ю.Г. Басин, О.И. Ченцова, Д.Х. Хайнз<sup>1</sup>

1 сентября 1999 г. в Республике Казахстан вступил в силу Закон, который внес существенные изменения в два основных закона, регулирующих проекты по разведке и разработке углеводородов и других полезных ископаемых. В результате был устранен ряд внутренних противоречий, ранее имевших место в регулировании данной сферы. В целом данный Закон способствует совершенствованию правовой базы, тем не менее он не лишен и некоторых недостатков в связи с тем, что отдельные его положения не поддаются однозначному толкованию, в ряде случаев вызывает нарекания юридическая техника Закона.

Ниже в разделе I мы приводим некоторые общие размышления о природе изменений и о созданном в настоящее время правовом режиме. В разделе II мы рассматриваем отдельные основные изменения и дополнения. Наше анализ вынужденно будет выборочным, с отсылками на правовые нормы по отдельным вопросам, которые читателю следует дополнительно изучать в случае необходимости. Мы не ставили своей задачей написание учебного пособия по основам правового режима недропользования.

Основные описанные изменения включают:

- Отказ от лицензирования недропользования;
- Положение о "Национальных компаниях", включая "Казахойл";
- Передачу и залог прав недропользования;
- Предоставление прав (ужесточение требования о проведении конкурса);
- Виды контрактов (СРП, Модельный контракт, и т.п.);
- Более строгие правила предпочтения местным товарам и услугам;
- Установление казахстанского права как применимого права;
- Усиление требований к охране окружающей среды, особенно в отношении проведения операций по разработке углеводородов на море;
- Новые требования и ограничения (в основном, связанные с углеводородными проектами) относительно коммерческого об-

нарушения, рабочих программ, возмещения расходов, права собственности на оборудование, сохранения и сжигания газа, совместной производственной деятельности и сервитутов.

Правовым актом, который внес эти изменения, является Закон Республики Казахстан “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам недропользования и проведения нефтяных операций в Республике Казахстан”, принятый 11 августа и введенный в действие с момента официального опубликования, 1 сентября 1999 г. (далее “Закон о внесении изменений”). Указанным Законом вносятся существенные изменения в:

1) Закон “О недрах и недропользовании” (Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, № 2828 от 27 января 1996 года с изменениями и дополнениями - Закон “О недрах”); и

2) Закон “О нефти” (Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, № 2350 от 28 июня 1995 года с изменениями и дополнениями, далее Закон “О нефти”)<sup>2</sup>.

Законом о внесении изменений также предпринята попытка (не вполне успешная) уточнить статус прежних лицензий охватывающих такие важные проекты, как Тенгиз Шевройл, Карачаганак и Каспийский оффшорный консорциум (“ОКЮС”). См. ниже раздел III, где рассматривается важный вопрос о стабилизационной, или “дедушкиной” оговорке.

После принятия Закона о внесении изменений высказывалось много предположений относительно толкования различных новых положений. Действительно, Закон содержит ряд неясных моментов; мы по возможности постараемся прояснить вероятное значение данных положений Законов “О недрах” и “О нефти” с изменениями и дополнениями.

#### **I. Общая оценка.**

Основной причиной принятия изменений послужило, по-видимому то, что Закон “О недрах” и Закон “О нефти” устарели и не учитывали соответствующие изменения, внесенные за последние несколько лет последующими нормативно-правовыми актами, в том числе несколькими постановлениями Правительства Республики Казахстан (далее “РК”). Кроме того, практика показала, что ряд важнейших вопросов в сфере недропользования оставались полностью или существенно неурегулированными: например, такие, как охрана окружающей среды и разработка ресурсов на море. Кроме того, два базовых закона были недостаточно взаимно согласованы; соответственно, с принятием изменений предполагалось устранить эти противоречия

и несогласованности. И наконец, что важно, Казахстан при совершенствовании законодательства намеривался учесть пожелания иностранных инвесторов по упрощению правового режима и тем самым повысить привлекательность страны как объекта инвестиционных проектов по недропользованию.<sup>3</sup>

Менее чем за год, начиная с конца 1998 года, было подготовлено несколько проектов Закона о внесении изменений, которые отличались друг от друга как концептуально, так и по конкретному содержанию. В процессе подготовки Закона основные разработчики (из государственного Агентства РК по инвестициям) распространяли проекты для учета замечаний среди других государственных органов РК, ряда крупных иностранных компаний и инвестиционных групп, юридических фирм и прочих консалтинговых компаний, а также среди определенных признанных ученых - юристов Казахстана (включая одного из соавторов данной статьи). В результате за достаточно короткий период была проделана серьезная работа, завершившаяся принятием Закона о внесении изменений в августе 1999 г.

Произведенные изменения, по нашему мнению, вызывают двойную оценку. С одной стороны, сделан ряд концептуально важных изменений, упрощающих и иным образом улучшающих правовой режим с точки зрения инвесторов (включая отказ от двойной лицензионно-контрактной и переход на контрактную систему недропользования); некоторые отношения регламентируются теперь более точно (а значит, можно надеяться, предсказуемо); такая точность частично достигается введением нескольких новых или уточненных определений терминов; проведена работа по согласованию Законов "О недрах" и "О нефти". Однако некоторые дополнения представляются чрезмерно жесткими (например, предпочтение местных подрядчиков и применимое право) и(или) недостаточно продуманными (например, соответствующие функции Национальной компании и Компетентного органа, положения об охране окружающей среды).

Кроме того, поспешное принятие Закона привело к тому, что остались некоторые уже существовавшие ранее и новые несоответствия и недочеты в текстах двух ключевых законов. К ним относятся примечательное положение п. 3 ст. 44 Закона "О недрах", которое, в буквальном соответствии с формулировкой Закона о внесении изменений, устанавливает, что контракт на недропользование должен быть зарегистрирован "и вступает в силу с момента его подписания и вступает в силу со дня его регистрации." См. также обсуждение (в разделе II.1) потребности в дальнейшем сближении двух законов.

С учетом указанных моментов мы предвидим в ближайшем

будущем возможность принятия в Алматы и Астане соответствующих актов по дальнейшему внесению изменений и дополнений. Между тем, новеллы, предусмотренные только что принятым Законом о внесении изменений могут найти и, возможно, найдут свое отражение и более детальную проработку в обновленных версиях многих действующих правительственных постановлений, касающихся конкретных аспектов правового режима, кроме того возможно принятие и определенных новых постановлений.

## **II. Основные изменения**

Наиболее важными новеллами Закона о внесении изменений являются, на наш взгляд, следующие.

### **1. Сближение Законов “О недрах” и “О нефти”.**

Предварительно необходимо отметить, что Закон “О недрах” был и остается базовым рамочным законом, регулирующим разработку недр в Казахстане. В этих рамках Закон “О нефти” считается “специальным законом”, т.е. таким, который дополняет множество деталей в отношении разработки отдельного вида полезных ископаемых (сырая нефть, газоконденсат, природный газ, и другие углеводороды).<sup>4</sup> Закон “О недрах” и Закон “О нефти” должны, по возможности, применяться вместе. (В новом п.5-1 ст.2 Закона “О нефти” вполне оправданно указано, что к нефтяным операциям применяются принципы, терминология и определения, содержащиеся в Законе “О недрах” при этом в Законе “О нефти” имеется ряд более конкретных отсылок к Закону “О недрах”, чем ранее.) Однако в случае возникновения противоречий условия специального закона будут превалировать. См. ст. 4 Закона “О недрах”, ст. 2 Закона “О нефти”.

Такой подход оправдан, и более того, дальнейшее сближение было бы желательным. В идеале, Закон “О нефти” как специальный Закон не должен дублировать общие положения по недропользованию, содержащиеся в Законе “О недрах”, а должен отражать только особенности осуществления нефтяных операций. Однако несмотря на сближение, проведенное Законом о внесении изменений, такое дублирование и(или) связанная с этим непоследовательность в значительной степени все еще присутствуют. Это приводит к проблеме неоднозначного толкования некоторых существенных моментов (например, передача прав, предпочтение местных подрядчиков и применимое право см. ниже).

### **2. Отказ от лицензирования недропользования; Контракт как единственное основание возникновения прав**

#### **а. Общие положения. Возможно, самой важной новеллой**

Закона о внесении изменений является отказ от действовавшей в течение нескольких лет лицензионно-контрактной системы предоставления прав недропользования. Основные отношения между государством и недропользователем должны определяться теперь только контрактами на недропользование, без предварительной выдачи лицензий. Соответственно, из обоих законов исключены все положения, касающиеся лицензирования недропользования. Вследствие этих изменений Государственное агентство РК по инвестициям будет продолжать выполнять функции Компетентного органа при проведении тендеров (конкурсов) аукционов и переговоров, подготовке и подписании контрактов на недропользование от имени Казахстана (ст. 8 Закона “О недрах”, ст. 6 Закона “О нефти”, Постановление Правительства РК № 474 от 26 апреля 1999 г.), но оно одновременно лишается функций “Рабочего органа” Правительства по выдаче и работе с лицензиями. (Обращаем внимание, что Компетентный орган может продолжать заниматься вопросами, связанными с ранее выданными лицензиями, которые были оставлены в силе Законом о внесении изменений см. раздел III ниже.)

б. Сохранение необходимости получения сопутствующих разрешений. Отказ от требования получения основной лицензии не затронул процесс получения нескольких видов вспомогательных разрешений, лицензий и иной документации, которые необходимы для ведения деятельности по разработке ресурсов в связи с контрактом или после его заключения.

Во-первых, территориальные границы месторождения, на проведение разведки и/или разработку которого недропользователь получил права, должны быть указаны в так называемом “геологическом отводе” (для разведки) или “горном отводе” (для добычи), выдаваемом всем недропользователям в ведомственном порядке и являющемся частью контракта. (ст. 1.2-1 и 2, 41.8 Закона “О недрах”)

Затем, на основании контракта на недропользование и отвода подрядчик получает права землепользования (т.е. использования поверхности земли) путем заключения с соответствующими местными органами управления арендного договора или договора безвозмездного пользования, в зависимости от категории подрядчика и других факторов. (С этой целью местные органы управления вправе, при необходимости, изъять такую землю и (или) права у частных собственников или пользователей, как предусмотрено в земельном законодательстве.) См. п. 1 ст. 9, п. 4-1 ст. 44 Закона “О недрах” и п. 3 ст. 8, ст. 12, п. 4 ст. 38, п. 6 ст. 122 и др., так называемого Земельного кодекса.<sup>5</sup>

Имеются также другие лицензии или разрешения, которые необходимо получить после заключения контракта, регулирующие различные виды производственной деятельности, которые будет осуществлять недропользователь (такие, как проведение съемки, буровые работы, строительные работы и сбросы в море).<sup>6</sup>

в. Сохранение возможности вмешательства государства. Предпочтение контракта призвано упростить процесс получения и сохранения прав инвесторов на недропользование в Казахстане. Однако данная реформа *не* будет означать, что права инвестора полностью защищены от одностороннего вмешательства государства в контрактные права под прикрытием закона. Необходимо учитывать, что прежние положения двух основных законов, по которым лицензия могла быть в одностороннем порядке приостановлена или отозвана государственными органами по определенным основаниям, теперь просто преобразованы в положения о приостановке или прекращении контрактных операций практически по тем же основаниям. А именно, приостановка может иметь место за осуществление деятельности, не предусмотренной контрактом или контрактной программой, либо за нарушение условий контракта, либо за “систематическое нарушение” закона в отношении охраны окружающей среды или техники безопасности; либо за угрозу жизни людей или окружающей среде, в силу обстоятельств, не зависящих от недропользователя; а расторжение — за отказ устранить проблемы, вызвавшие приостановку (либо невозможность устранения), несвоевременное начало осуществления рабочей программы или неправильное ее выполнение, несмотря на предупреждение о необходимости устранения нарушений, “существенное нарушение” обязательств по контракту или рабочей программе, либо банкротство подрядчика (ст. ст. 45-1 и 45-2 Закона “О недрах”; ст. 28-1 Закона “О нефти”).

Указанные полномочия, в существенной степени оставленные за Правительством Казахстана, могут оказаться очень важными, учитывая фактическую историю оспаривания и отзыва Правительством лицензионных прав инвесторов по нескольким проектам за последние несколько лет.

Кроме того, исходя из внесенных изменений недостаточно ясно положение о том, что все споры по поводу продления, приостановки и прекращения действия контракта могут быть разрешены в согласованном сторонами международном арбитражном органе. Эта возможность была достаточно четко закреплена в ст. 558 Закона “О нефти” в отношении всех споров по *лицензиям*, однако после внесения изменений там осталась только ссылка на споры, связанные с “заключением и исполнением”

контрактов. Кроме того, контракт может быть объявлен недействительным, также как ранее лицензия, при установлении “в ходе судебного разбирательства” определенных видов нарушений в процессе подготовки к подписанию контракта (См. ст. 45 Закона “О недрах” и ст. 28-1 Закона “О нефти”). Похоже (на основании формулировки и контекста данного положения), что указанное “разбирательство” может быть рассмотрением дела в казахстанском суде, даже в случае, когда в контракте в целом предусмотрено рассмотрение споров в международном арбитраже. Тем не менее, можно надеяться, что устранение “уровня лицензии” из административного регулирования недропользования должно повысить уважение к неснарушаемости контрактов на недропользование согласно общим принципам гражданского права.

г. **Участие государства.** Наконец, в законе остается неясность в отношении того, кто на самом деле является стороной в контракте со стороны казахстанского правительства. Ни Закон “О недрах”, ни положение Закона “О нефти” (соответственно, п. 4 ст. 8 и п. 3 ст. 6), наделяющие Компетентный орган правом подписывать контракты, прямо не определяют, от чьего имени Компетентный орган подписывает контракты — от своего собственного, или от имени Правительства РК (или от имени самой Республики). Безусловно, ответ на этот вопрос определяет, кто несет ответственность по контракту. (По сложившейся на сегодня практике, контракты заключаются от имени Правительства и Компетентного органа одновременно — при этом не всегда четко указываются представительские полномочия.)

В результате всестороннего правового анализа представляется достаточно ясным, что Компетентный орган должен действовать по поручению Правительства, и что в свою очередь Правительство действует от имени Республики при заключении и выполнении контракта на недропользование. (Вполне определенно по законодательству Казахстана вполне определенно можно также установить наличие конечной ответственности Республики за нарушение Правительством условий контракта и понесенный в результате этого инвестором ущерб.)<sup>7</sup>

Однако, по крайней мере, пока в Закон “О недрах” и (или) Закон “О нефти” не будут внесены дополнительные изменения и дополнения, излагающие указанные подчиненные функции более ясно и четко, рекомендуем инвесторам пытаться включать в свои контракты на недропользование (в сам текст и (или) в строки подписей) прямые указания на то, что Компетентный орган действует от имени Правительства, а Правительство действует от имени Республики либо наиболее близкую к этим

указаниям формулировку. Это также укрепит сделает более прочной позицию инвесторов в соответствии с международным частным правом. См.отрите, например, “Амниойл” против Кувейта, 21 I.L.M. 1006 (1982); W.L.Craig, W.W.Park and J. Paulsson “Арбитраж Международной Торговой Палаты”, 155 (2-е изд., 1990); J. Paulsson, “Может ли государство обратиться к своему внутреннему праву, чтобы отказаться от своего согласия на международный коммерческий арбитраж?”, 2 Arb. Int’l 90, 98, 102 n. 34 (1986).

### 3. Национальная компания и ее статус: “Казахойл”

а. Общие положения: характер и роль Национальной компании. Законом о внесении изменений введено понятие “Национальной компании” (которых может быть несколько), и ряд специальных положений, устанавливающих ее правовой статус и полномочия. Национальная компания теперь определена в Законе “О недрах” как закрытое акционерное общество, сто процентов акций которого принадлежит государству, созданное Указом Президента Республики Казахстан “для проведения операций по недропользованию в Республике Казахстан непосредственно, а также посредством долевого участия в Контрактах” (п.27-1 ст. 1). Почти аналогичное определение содержится в ст.1 Закона “О нефти”, с той единственной разницей, что целью создания такой компании названо “управление Нефтяными операциями” (опять же непосредственно или посредством долевого участия в Контрактах).

В отличие от других недропользователей, которые теперь должны участвовать в конкурсах на получение прав по контракту (см. п. 5 раздела II ниже), Национальная компания получает контрактные права на основе прямых переговоров с Компетентным органом (п.1 ст. 41-1 Закона “О недрах”). Законом “О нефти” (п.1 ст. 8-2) также предусмотрено, что право на проведение Нефтяных операций предоставляется Национальной компании “на бесконкурентной основе в приоритетном порядке”. (В связи с этим, Закон “О недрах” сейчас также устанавливает в ст. 41-5 (“Конкурентное предложение на получение права недропользования”) для заявителя конкурентного предложения на получение права недропользования требование указать в конкурентном предложении намерение заявителя о долевом сотрудничестве с Национальными компаниями в реализации проекта.)

Согласно п.7-3 ст.6 Закона “О нефти” Национальная компания совместно с Компетентным Органом и с так называемым Государственным органом по использованию и охране недр (эти функции сейчас выполняет Министерство природных ресурсов и охраны окружающей среды РК) осуществляет также монито-



ринг и контроль за соблюдением недропользователями условий своих контрактов. Новой ст. 7-1 определены предполагаемые функции Национальной компании, в том числе: i) участие в стратегическом планировании разработки углеводородной сырьевой базы; ii) участие в организации тендеров среди потенциальных подрядчиков; iii) представление государственных интересов в контрактах посредством обязательного долевого участия в контрактах вместе с подрядчиками “в порядке, определяемом государством”.

Таким образом, Национальной компании предоставлен особый правовой режим, она уполномочена осуществлять контрольные полномочия государства по отношению к другим недропользователям, и в то же самое время имеет право самостоятельно выступать в качестве недропользователя (очевидно, в обязательном партнерстве с частными компаниями -недропользователями).

**б. “Казахойл”:** нечеткие полномочия. АО “Национальная нефтегазовая компания “Казахойл” на сегодняшний день является единственной назначенной Национальной компанией в сфере нефтегазовой разработки, и вероятно, останется таковой и в будущем. Она была создана Указом Президента № 3378 от 4 марта 1997 г. Данным Указом, и принятым в его развитие Постановлением Правительства РК от 24 марта 1997 г. № 410, права Государства по соглашениям о разделе продукции, соглашениям о роялти, и по другим соглашениям с подрядчиками по разведке, добыче и переработке углеводородов были переданы компании “Казахойл”.<sup>8</sup>

Из-за нечеткости предоставленных компании официальных полномочий (см. выше) существует неопределенность в отношении того, будет ли Национальная компания (по нефтяным операциям “Казахойл”) при представлении государственных интересов в качестве соподрядчика по СРП и прочим природно-ресурсным контрактам выступать от своего собственного имени, или от имени государства (Республики или Правительства). От этого зависит решение фундаментального вопроса об ответственности. Согласно принципам гражданского права Казахстана, что при заключении “Казахойлом” как Национальной компанией СРП или других контрактов в качестве стороны по контракту “в государственных интересах”, но от своего собственного имени, будет считаться, что она связывает обязательства только себя, а не государство. При этом вероятно, что “Казахойл” будет выступать в качестве просто государственной компании, заключающей контракт, как это делают другие подрядчики, а не в качестве регулирующего органа (такого как Компетентный

орган). См. п. 4 ст.163 ГК РК (“Не являются представителями лица, действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени.”)

Определенную обеспокоенность вызывает существование также некоторой неопределенности в отношении двойной, возможно противоречащей контрактной и регулирующей роли, которая в любом случае отводится “Казахойлу” согласно п. 1 ст. 7 Закона “О нефти”. Кроме того, на сегодняшний день не ясно, как будут разделены и/или взаимосвязаны такие государственные регулирующие полномочия между Национальной компанией (в частности, “Казахойлом”) и Компетентным органом (т.е., Агентством Республики Казахстан по инвестициям). Судя по недавним заявлениям представители этих организаций сами проявляют неуверенность в этом, хотя в подобных заявлениях “Казахойл” дает очень широкое толкование своих общих полномочий.

#### **4. Передача прав. Залог**

**а. Общие положения.** Ст. 14 Закона “О недрах” в значительной степени дополнена новыми нормами, которые несколько ужесточают существующие ограничения на передачу прав. Во-первых, исключено абсолютное право подрядчика передать право недропользования дочерней организации (прежняя ст.14.1). В соответствии с новым п.9-1 ст.14 предусмотрено, что требуется разрешение Компетентного органа даже по таким передачам, однако в таком разрешении не может быть отказано при условии, что основная организация представила Компетентному органу гарантии полного исполнения обязательств по контракту солидарно с дочерним юридическим лицом. Кроме того, в новой ст. 14.9-1 изложены объективные стандарты, регулирующие рассмотрение Компетентным органом заявления о передаче прав третьим лицам; так, в разрешении может быть отказано в случае, если лицо, которому предполагается передать право недропользования, не способно выполнить обязательства недропользователя, либо в случае предоставления заведомо ложной информации. Необоснованный отказ может быть оспорен “в соответствии с действующим законодательством и условиями Контракта.” (В то же время сохранено действие ст. 14.7, согласно которой недропользователь несет солидарную ответственность по контрактным обязательствам вместе с лицом, которому передается право недропользования, в случае частичной передачи прав (См. также п. 3 ст. 53 Закона “О нефти”). В случае частичной передачи новая ст. 14.9-3 дополнительно требует заключение недропользователями договора о совместной деятельности или аналогичного договора о взаимных правах и

обязанностях, подлежащего согласованию с Компетентным органом. Ставшие более жесткими с внесением указанных изменений и дополнений положения Закона “О недрах”, вполне возможно, предназначались для применения и к нефтегазовым контрактам, однако непоследовательность в этом вопросе, допущенная при подготовке Закона “О нефти”, представляет некоторую нечеткость, которой определенные инвесторы могут воспользоваться к собственной выгоде. С одной стороны, в п. 1 ст. 8-3 Закона “О нефти” четко сформулировано, что вопросы передачи контрактных прав регулируются Законом “О недрах” (очевидно, имеется в виду значение рассмотренных выше положений ст. 14). С другой стороны, п. 1 ст. 53 Закона “О нефти”, также касающийся передачи прав (и обязанностей), оставлен без изменений; в нем по-прежнему отражен предыдущий, менее жесткий подход Закона “О недрах” к передаче прав в том числе, утверждение о том, что “условия передачи прав и обязанностей дочерней организации оговариваются в контракте.”<sup>9</sup>

Указанное расхождение между двумя законами вполне может оказаться неумышленным, однако в результате инвестор по нефтяному контракту, пытающийся осуществить передачу прав дочерней организации, может утверждать, что не требуется никакого согласия со стороны государства, если контракт допускает такую передачу без указания на необходимость получения подобного согласия.

В то же время, в п. 1 ст. 53 Закона “О нефти” прямо указано (подобного положения никогда не было и до сих пор нет в ст. 14 Закона “О недрах”), что передача контрольного пакета акций компании-подрядчика означает переход прав по контракту, что требует согласия Компетентного органа. В результате данное положение может оставить подрядчикам по углеводородам меньше возможностей для маневра. В Законе “О нефти” (ст. 8-3.2) теперь также содержится запрет на передачу прав на сооружение и эксплуатацию углеводородных трубопроводов на море.

**б. Залог права недропользования.** Ст.15 Закона “О недрах” также претерпела изменения, которые, однако, на деле могут оказаться незначительными. Новым п.2-1 ст.15 предусмотрено, что для передачи прав недропользования в залог больше не требуется получения разрешения Компетентного органа в соответствии со статьей 14, а также переоформления контракта на залогодержателя. Однако договор залога все же должен быть “зарегистрирован” в Компетентном органе и вступает в силу только в момент регистрации. В то же время в п. 2-4 ст. 15

предусмотрено несколько возможных оснований для отказа в регистрации, в том числе: “отсутствие адекватных условий залога прав для недропользователя в сравнении с условиями, применимыми на отечественном или международном рынке при соответствующих условиях.”

#### 5. Предоставление права недропользования. Требование о проведении конкурса.

Порядок предоставления прав (на разведку, добычу и совмещенную разведку и добычу) был более детально проработан и в некоторых отношениях был ужесточен. Теперь Правительство ежегодно должно утверждать перечень участков недр (Блоков), выставляемых на конкурсе инвестиционных программ. (Утверждения в Парламенте не требуется, в отличие от ситуации с СРП в России.). Конкурсы могут быть открытыми и закрытыми, и проводятся согласно правилам Закона “О недрах” (ст. ст. с 41-1 по 41-7), которые по сравнению с ранее применявшимися правилами претерпели небольшие изменения. Значительным изменением является то, что согласно новым правилам предпологаемые пользователи могут приобрести право на получение контрактов только посредством конкурса. Ст. 41-1.1 Закона “О недрах” и ст. 8-2.1. Закона “О нефти”. (Ранее конкурсы предполагалось проводить “как правило”, но были разрешены и прямые переговоры, без проведения конкурса, которые на практике часто использовались Правительством).

В настоящее время установлены лишь некоторые исключения из правила о конкурсах: i) для подрядчика, проводившего разведку и сделавшего коммерческое обнаружение, он имеет исключительное право на получение права на добычу на основе прямых переговоров (ст. 64 Закона “О недрах”); ii) как отмечалось выше для Национальной компании, которая получает право недропользования на основе прямых переговоров (п. 1 ст. 41-1); iii) для коммерческой добычи общераспространенных полезных ископаемых в коммерческих целях, а также для строительства или эксплуатации подземных сооружений, не связанных с разведкой и/или добычей, в обоих случаях права также передаются без конкурса. (там же).

Ни один из законов не рассматривает ситуацию, когда заявку для участия в конкурсе инвестиционных программ подал только один субъект. Мы полагаем, что в таком случае должны по аналогии применяться нормы Гражданского законодательства. А именно, п. 4. ст. 915 ГК РК, устанавливающий, что “Тендер *может* быть признан его инициатором несостоявшимся, если в нем приняло участие менее двух участников или предложения участников тендера были признаны его инициатором не удовле-

творяющими условиям тендера” (выделено нами). Из буквального толкования данной нормы вытекает, что если тендер может быть признан несостоявшимся, равным образом он может быть признан и состоявшимся. Это может иметь место, например, если единственный участник конкурса действительно *будет* отвечать необходимым критериям, установленным организаторами. В тех случаях, когда в конкурсе принимает участие только один участник, процедуры проведения конкурса все равно должны быть соблюдены в должной мере.

#### **6. Виды контрактов; Статус СРП; Необходимость следовать Модельному контракту**

**а. Общие положения.** Изменен перечень контрактов, которые предполагается заключать. Частично это просто отражает отход от системы, основанной на лицензировании. Теперь контракт является единственным “носителем” основных прав. Таким образом, обычными видами контрактов, по существу являются контракты, ранее характеризующие лицензии: *т.е.*, контракты на разведку, добычу, совмещенную разведку и добычу, а также строительство/эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с разведкой или добычей (например, строительство подземных хранилищ). Такое понимание базовых видов недропользования не изменилось. П.1 ст. 42 Закона “О недрах”; п.1 ст. 25 Закона “О нефти”.

**б. Соглашения о разделе продукции.** Виды контрактов, ранее названные в законе, (о разделе продукции, о концессии, на предоставление услуг и о совместной деятельности) соответствовали типам коммерческих отношений. Интересно, что из этих видов сохранилось только упоминание о СРП, и то только в Законе “О нефти” (п. 1 ст. 25), *но не* в перечне Закона “О недрах”. Это, по нашему мнению, привело некоторых комментаторов к ошибочному заключению о том, что форма СРП была “разжалована” или не одобряется для использования. Возможно, это свидетельствует о намерении указать в новом законе, что СРП приемлема для проектов по добыче нефти и газа, но не приемлема для проектов по разработке твердых полезных ископаемых. Однако, это всего лишь будет отражать реалии рынка. Так, хотя согласно праву Казахстана (как и России) форма СРП была приемлема для всех проектов по разработке полезных ископаемых, на практике она используется только в газовой и нефтяной сфере. (Несколько СРП по твердым полезным ископаемым были одобрены и могут осуществляться в России, но, насколько нам известно, в Казахстане на сегодня таких проектов нет).<sup>10</sup>

Кроме того, мы видим некоторое разочарование казахстанских правительственных чиновников в связи с административ-

ными трудностями, вызванными формой СРП в целом, например, необходимостью обращаться к специальному, *созданному для этих целей* правовому режиму, имеющему некоторые отличия от типовых норм права, и т.д. При этом в Казахстане, в отличие от России, не существует специального Закона о СРП, есть только специальная глава о недропользовании в Налоговом кодексе, которая четко устанавливает специальный налоговый режим для СРП (см. ст. 94-1 Налогового кодекса), и различные отдельные положения в Законе “О недрах” и Законе “О нефти”, которые могут применяться для целей СРП.<sup>11</sup> Таким образом, возникает ощущение, что на практике Правительство РК может не одобрить режим СРП для обычных проектов, в которых не представлено убедительных свидетельств необходимости специального режима. Но мы не думаем, что нефтяные компании не смогут работать в форме СРП соответственно по крупным или трудным месторождениям. (опять же п. 1(3) ст. 25 Закона о нефти по-прежнему четко предусматривает возможность СРП).

Будет интересно узнать, какие типы условий контрактов и их формы предложит правительство РК для тендеров по правам на важные месторождения в будущем. Наконец, наверное, нет необходимости упоминать, что существующие СРП защищены - по форме и содержанию - посредством различных стабилизационных положений в законе и в самих этих контрактах (см. раздел III ниже).

В отношении же контрактов предоставления услуг, совместной деятельности, концессии, ранее упомянутых в законе, мы полагаем, что эти и иные возможные формы договоров будут приветствоваться, исходя из конкретных условий, как дополнительные к основным контрактам на разработку или в качестве самостоятельных. См. п. 2 ст. 42 Закона “О недрах” (“[в] зависимости от условий конкретных Операций по Недропользованию и других обстоятельств допускаются и иные виды Контрактов”) и п. 2 ст. 25 Закона “О нефти”, имеющий аналогичное значение.

**в. Условия контракта; Модельный контракт.** Как было упомянуто выше, закон теперь четко и ясно гласит, что “Условия Контракта должны соответствовать [законодательству РК]”, и что “Условия Контракта, противоречащие законодательству, действующему на момент заключения Контракта, считаются недействительными с момента заключения Контракта” (п. 2-2 ст. 42 Закона “О недрах”; п. 5 ст. 26 Закона “О нефти”). Это важно иметь в виду, особенно в контексте заключения СРП, где некоторые “стандартные” термины международного бизнеса могут

противоречить казахстанскому праву (или в любом случае не находить в нем четкого подтверждения).

Оба закона (п. 2-1 ст. 42 Закона “О недрах”; п. 6 ст. 26 Закона “О нефти”) также гласят, что “Условия Контракта определяются по взаимному согласию сторон с учетом положений Модельного контракта”. Данное положение не является новым в законодательстве. Существует официально одобренный Модельный контракт - действующая редакция Модельного контракта на проведение операций по недропользованию утверждена Постановлением Правительства РК от 27 января 1997 г. № 108. Он является общим, многоцелевым документом, применимым не только к СРП. Конечно, с точки зрения западных инвесторов, он не является удовлетворительным во всех отношениях. Не ясно, намеревается ли правительство принять специальный модельный контракт для СРП. По крайней мере, если предполагается использовать Модельный контракт, он должен быть обновлен, чтобы включить все новеллы Закона о внесенных изменениях.

Также остается некоторая неясность в отношении того, считаются ли положения Модельного контракта обязательными или являются только руководящими указаниями при проведении переговоров. Вышеупомянутое Постановление № 108 предписывает компетентным органам Правительства “при подготовке и заключении контрактов на недропользование руководствоваться положениями модельного контракта”. Однако определение, данное в п. 13 ст. 1 Закона О недрах, ссылается на него только как на “примерный контракт”, и гласит, что модельный контракт “используется в качестве образца при составлении Контрактов” (выделено нами). Тем самым, по нашему мнению, достаточно ясно, что не все условия Модельного контракта могут считаться обязательными. Это следует из процитированных ссылок на оба закона.

Наш недавний опыт показывает, что чиновники Компетентного органа и иных соответствующих государственных органов тоже пришли к такому пониманию: они склонны согласиться, что только те положения Модельного контракта являются обязательными, которые дублируют обязательные положения закона.

#### **7. Предпочтение местным товарам и услугам.**

Ужесточены существующие требования благоприятствования местным поставщикам товаров и услуг, и это может вызвать проблемы для компаний -инвесторов, в зависимости от того, как закон будет применяться правительством РК.

##### **а. Основные положения: прежнее законодательство по сравне-**

нию с новым. Ранее существовали вполне выполнимые требования о том, что предпочтение будет отдаваться оборудованию, материалам и другим товарам казахстанского производства, если они будут конкурентоспособны в отношении качества (как экологического, так и технического), цены и условий поставки, а также будет отдаваться предпочтение тем местным поставщикам услуг (включая транспортные), которые конкурентоспособны в отношении цены, эффективности и качества. Теперь как Закон “О недрах” (ст. 63 (7) и (8)), так и Закон “О нефти” (ст. 41 (6) и (7) содержат более категоричные положения, устанавливающие, что для компаний - недропользователей “обязательно” использовать товары, “произведенные в Казахстане”, и услуги, предоставляемые “казахстанскими предприятиями и организациями”, если такие товары или услуги “соответствуют стандартам и другим требованиям конкурса проводимого в Казахстане согласно порядку, определенному Правительством [РК]”.

**б. Новое требование о получении утвердительного разрешения.** Новая ст. 63.8-1 Закона “О недрах” добавляет в отношении услуг: “В случае отсутствия какого-либо вида услуг .. в Казахстане, можно использовать услуги иностранных организаций по разрешению государственного органа”. В данной норме закреплено, что для иностранной компании - инвестора недостаточно просто принять участие в справедливом конкурсе в Казахстане согласно установленным государством правилам, установить факт отсутствия подходящих поставщиков услуг в Казахстане и затем обратиться к иностранному поставщику. Инвестор сначала *также* должен получить утвердительное разрешение государства, прежде чем заключить контракт с иностранным поставщиком. (Интересно, что, хотя базовые конкурсные требования к поставщикам товаров и услуг указаны в обоих законах, данное требование о получении разрешения не указано в Законе “О нефти”. Это может быть просто ошибкой, допущенной при разработке закона. В любом случае, из-за частичного совпадения и повторения положений в двух законах, будет возникать неопределенность в отношении того, предполагается ли применять данное требование к углеводородным проектам. В настоящий момент можно совершенно справедливо полагать, что не предполагается.)

**в. Общий анализ: пути решения проблемы.** Данные поправки в пользу казахстанских поставщиков, предположительно, были сделаны в Парламенте в результате политического давления, чтобы максимально увеличить для местной экономики выгоду от нынешнего бума разработки минеральных ресурсов как это было в случае с недавними изменениями и дополнениями к россий-



скому Закону о СРП. Однако, в то время, как новая российская 70 % квота для местных поставщиков, по крайней мере, устанавливает предсказуемое правило (и применяется только к товарам, но не услугам), новое требование казахстанского законодательства, будучи абсолютным и лишенным объективных стандартов может вызвать еще большие трудности. Этот вывод подтверждается и теми фактами, что (i) в Казахстане даже по сравнению с Россией ощущается очевидный недостаток высококлассных поставщиков необходимых товаров и услуг, и (ii) введено обязательное требование получения утвердительного разрешения правительства на привлечение иностранных поставщиков товаров и услуг при проведении тендера. Есть надежда, что предполагаемые правила тендера, которые должны быть разработаны и выпущены правительством РК, вновь введут осуществимые, объективные стандарты, что позволит реально рассчитывать на предсказуемость результата применения данных положений закона. (Отметим, что данные жесткие правила предпочтения национальным поставщикам могут также вызвать проблемы для Казахстана в связи с поданным им заявлением о вступлении во Всемирную Торговую Организацию.)

В любом случае, очевидным способом для удовлетворения данных требований было и должно оставаться создание и функционирование в Казахстане совместных предприятий с участием квалифицированных иностранных поставщиков и местных партнеров, которые будут считаться «казахстанскими предприятиями», а их товары — «произведенными в Казахстане». Такая тенденция явно прослеживается в России (особенно, на Дальнем Востоке в связи с сахалинскими проектами), и похоже, что она будет иметь место и в Казахстане. Будет интересно узнать, насколько широко будут определены и будут применяться на практике понятия «произведенные в Казахстане» и «казахстанские предприятия».<sup>12</sup>

#### **8. Применимое право.**

В отношении применимого к контрактам на недропользование права также был сделан значительный шаг назад.

Раньше, как Закон «О недрах», так и Закон «О нефти» устанавливали, что за исключением пунктов, где специально оговаривалось применение казахстанского права, стороны были свободны применять для регулирования своих контрактных отношений право другой страны. Данная норма отвечала общим принципам международного частного права, применявшимся в Казахстане, и теперь снова кодифицированным в новом Гражданском Кодексе РК см. ниже. На практике это означало, что иностранные компании могли легально добиться разрешения правительства

РК, чтобы иностранное право (возможно, английское, шведское и т.д.) применялось для разрешения споров по контрактам СРП или другим контрактам, хотя предполагалось, что в любом случае казахстанское право будет применяться к вопросам (таким, как экология, безопасность, трудовое и налоговое право, и т.д.), связанным с фактической производственной деятельностью по проектам в Казахстане.

В настоящий момент указанные базовые положения изменились, по крайней мере, для нефтяных и газовых проектов. Прежнее разрешающее определение “Применимого права” в настоящий момент изъято из обоих законов. Его заменила новая статья 53-1 Закона “О нефти”, которая четко гласит:

“(1) К отношениям по проведению нефтяных операций, осуществляемых [на территории Республики Казахстан, а также нефтяным операциям на море] применяется исключительное право Республики Казахстан.

(2) В Контрактах, заключаемых с Компетентным органом не могут устанавливаться условия о применении иностранного права.”

Это, скорее всего, будет пониматься как то, что впредь ни СРП, ни другие контракты на недропользование, заключенные с государством, не могут устанавливать положения о применимости иностранного права, даже в отношении разрешения споров по контракту (хотя все же возможно и более узкое, менее ограничительное толкование).<sup>13</sup> Дополнительным доказательством в пользу данного вывода служат п. 3 ст. 4 Закона “О недрах” и п. 3 ст. 2 Закона “О нефти”. (Однако данное положение в любом случае не препятствует иностранным фирмам настаивать на применении иностранного права к разным типам связанных с ними договоров, которые могут быть заключены, как приложения к основным контрактам на недропользование с другими казахстанскими сторонами.)

Заметим, что подобные ограничительные положения не были включены в Закон “О недрах”, таким образом, этот закон не содержит никаких упоминаний о применимом праве для контрактов. Не ясно, было ли это сделано случайно или специально. Вследствие этого, в любом случае, в отношении проектов по развитию твердых полезных ископаемых, которые регулируются только Законом “О недрах”, будут применяться общие правила гражданского права о выборе права для международных контрактов (ст. ст. 1102, 1112-1115 Гражданского кодекса РК).<sup>14</sup> Эти принципы позволяют выбрать иностранное право в качестве применимого к контрактам на недропользование по твердым минералам, заключенным между компанией, иностранным ин-

вестором, и правительством РК (или его органом). Другое дело, даст или не даст согласие на это ответственный государственный орган при проведении переговоров.

#### **9. Новые требования к охране окружающей природной среды**

Наличие значительных дополнений, преимущественно в Закон О нефти, ясно показывают сегодняшнюю нацеленность Казахстана на охрану окружающей природной среды от вредных последствий разработки ресурсов в целом и, в частности, на море и в пятикилометровой специальной береговой зоне.

До этого дня правовой режим охраны окружающей природной среды при разработке недр был довольно неурегулированным и основывался на кратких действующих положениях Законов “О недрах” и “О нефти”, нескольких вспомогательных постановлений Правительства и общем Законе РК “Об охране окружающей природной среды” от 15 июля 1997 года с изменениями и дополнениями. С принятием новых и пересмотром ряда ранее действовавших основных терминов, он стал более категоричным и жестким, чему также способствовало принятие вновь сформулированных общих стандартов поведения; новых существенных требований к большей части аспектов работы по проектам. Если и могли бы возникнуть какие-либо сомнения в отношении ужесточения подхода к регулированию охраны окружающей природной среды, они рассеиваются прямым подтверждением в Законе того, что экологические законы и нормы Казахстана регулируют проекты разработки ресурсов во всех отношениях (см. например, п. 1 ст. 49 и п.1 ст. 64 Закона “О недрах”; п. 1 ст. 30, п.1 ст. 30-2 и ст. 46 Закона “О нефти”).<sup>15</sup>

Инвесторы не будут приветствовать указанные изменения в связи с тем, что в части их принудительного исполнения новые нормы могут вызвать определенные реальные проблемы. Единственной возможной пользой от них могло бы оказаться только повышение осознания инвесторами очевидной серьезности подхода Казахстана к охране окружающей среды и необходимости принятия соответствующих мер.

Однако неопределенный подход к регулированию данных отношений и небрежность в составлении данных разделов законов несколько затрудняют их соблюдение. При этом возникнет реальная необходимость в разработке основных принципов в подробных инструкциях на уровне министерства.

У инвесторов теперь появляется еще больше оснований проводить собственную экологическую проверку территории помимо требуемой по закону прежде чем начинать работу по углеводородному проекту. При новых более жестких природоохранных стандартах, общем плохом состоянии экологии и соот-

ветствующей инфраструктуры, а также финансовой неспособности почти всех казахстанских промышленных предприятий/местных партнеров возместить причиненный ущерб, иностранные инвесторы и/или их предприятия могут стать особенно уязвимыми в отношении исковых требований о возмещении ущерба со стороны третьих лиц или правительства по ранее сложившимся экологическим отношениям. Хорошо задокументированная предпроектная проверка может обеспечить в этом случае определенную дополнительную защиту.

а. **Изменения и дополнения в целом.** Примечателен расклад новых определений терминов и мер предосторожности, в основном относящихся к морским или прибрежным проектам.

Наиболее важным термином является “Загрязнение моря”, который определен широко в ст. 1 Закона “О нефти” как “поступление в морскую среду материалов, веществ, энергии, шума, вибрации, а также образование различных типов излучений и полей, приводящих либо способных нанести вред здоровью людей, живым ресурсам моря и морской экосистеме либо создающих помехи или приносящих либо способных принести ущерб или убытки физическим или юридическим лицам, осуществляющим законную деятельность в море либо на его побережье”.

Другими терминами, представляющими собой нововведения или более точные формулировки ранее применявшихся терминов, являются “береговая предохранительная зона” (особо охраняемая широкая зона, простирающаяся от береговой линии моря на пять километров в сторону суши); “морская охранная зона” или “зона безопасности” (устанавливаемая правительством 500-метровая буферная охранная зона вокруг “Морских сооружений” (платформ, искусственных островов, и т.п.)).

Общие меры предосторожности, которые в целом могут оказаться трудными для понимания и применения, включают следующие положения:

- “Положительная практика разработки Месторождений” (положение, пересмотренное в ст. 1 Закона “О нефти”, но не измененное в аналогичном разделе Закона “О недрах”) - означает “общепринятая мировая практика”;

- обязанность принять “все необходимые меры” по предотвращению аварий и иных опасных ситуаций, создающих угрозу жизни или здоровью людей или окружающей среде, или угрозу уничтожения собственности в процессе проведения Нефтяных операций, “руководствуясь Положительной практикой разработки Месторождений и [законодательством РК]” (п. 1 ст. 30-2 Закона “О нефти”);

- “Наилучшая практика по охране окружающей среды на море” (означающая “общепринятую международную практику проведения Нефтяных операций на море, создающая максимально низкий уровень Загрязнения моря либо полностью исключая Загрязнение моря”);

- строгая ответственность, независимо от наличия вины, “за ущерб и убытки, нанесенные окружающей среде и физическим или юридическим лицам в случае Загрязнения моря непосредственно, или в результате повышения уровня моря вследствие загрязнения Береговой охранной зоны” (п. 3 ст. 36-1 Закона “О нефти”; п. 2 ст. 48-1 Закона “О недрах”).

**б. Охрана морской зоны.** Безусловно, осознаваемая необходимость охраны Каспийского моря и прилегающих береговых районов в свете текущих и предстоящих там крупных проектов по разработке углеводородов, а также повышение уровня моря за последние годы послужили толчком к указанным изменениям. (Они также будут применяться к работам по проектам, относящимся к Аральскому морю и другим внутренним водным путям). Отмеченные выше определения и меры предосторожности, а также ряд дополнительных обязанностей применяются здесь если не с идеальной ясностью и последовательностью, то с большой точностью (которая может служить основанием для коллидирующих требований и содействовать таковым).

Основным новым природоохранным положением является статья 36-1 Закона “О нефти”. Она предписывает следующее:

- Подрядчики должны осуществлять нефтяные операции на море “таким образом, чтобы не препятствовать и не наносить вреда морскому судоходству, рыбной ловле и иной правомерной деятельности, обычно осуществляемой на конкретном участке моря.” (При этом лица, осуществляющие такие действия, должны соблюдать правила о 500-метровых Морских охранных зонах (зонах безопасности) вокруг морских сооружений.)

- Подрядчики, осуществляющие Нефтяные операции на море, обязаны руководствоваться Наилучшей практикой по охране окружающей морской среды.

- Как отмечалось, строгая ответственность налагается за Загрязнение моря (трактуемое, как указывалось, широко см. выше).

- Подрядчики, осуществляющие Нефтяные операции на море, должны разработать, утвердить и внедрить детальные программы по предотвращению Загрязнения моря в случае аварии, и т.п.

- В случае Загрязнения моря, несмотря на меры по предотвращению аварии, подрядчики обязаны предпринять “все воз-

возможные меры для устранения либо снижения [его] уровня всеми доступными для этого средствами.”

- Подрядчики обязаны регулярно организовывать за свой счет транспортировку уполномоченных государством инспекторов для проведения инспекции на Морских сооружениях, используемых в нефтяных операциях.

- Для строительства либо размещения Морских сооружений должно быть получено специальное разрешение государственного органа. Также имеются следующие новые дополнительные требования и ограничения Закона “О нефти”:

- Специальное разрешение государственного органа на буровые работы любого рода (для целей проведения съемки, разведки или добычи) и нагнетания газа, обязанность иметь в наличии соответствующие материалы и процедуры для проведения работ по очистке моря (ст. 36-2);

- Специальное разрешение государственного органа на строительство и(или) эксплуатацию подводных нефтегазопроводов (ст. 36-3);<sup>16</sup>

- Запрет на строительство или эксплуатацию хранилищ или резервуаров нефти на море, или хранение нефти на Морских сооружениях, за исключением временного хранения (не более 20 дней) в связи с транспортировкой такой нефти танкерами непосредственно с объектов (ст. 36-4);

- Специальное разрешение государственного органа и требования к строительству и эксплуатации Морских сооружений, соблюдение Зоны безопасности вокруг них, предупреждение третьих лиц об их существовании, демонтаж/удаление, и т.п. (ст. 36-5); и

- Специальные требования по страховому покрытию рисков, связанных с операциями по ведению разведки и добычи на море (п. 3-1 ст. 55).

Закон “О нефти” заново воспроизводит в ст. 36-6, в выражениях, практически идентичных приведенным ранее, но, возможно, недостаточно замечаемых, жесткие требования к “Сбросу и захоронению отходов, связанных с проведением Нефтяных операций на Море.” Сброс и захоронение таких отходов “запрещается” и “[с]брос технических вод в Море осуществляется только с разрешения и под контролем государственных контролирующих органов [и] при условии их очистки до установленных нормативов.” Подрядчикам по углеводородным проектам требуется консультация по вопросу значения и применения данных норм в отношении бурового раствора, шлама, и т.п. особенно учитывая недавние проблемы с государственными органами в России в этой связи.

Возможно, по чистой случайности Законом о внесении изменений не была убрана либо изменена прежняя статья 49 Закона “О нефти” (представляющая собой краткое положение о нефтяных операциях на море) в связи с принятием гораздо более подробных новых статей. Это было бы безвредным недосмотром, за исключением одного требования статьи 49 - о разрешении *Президентом Республики Казахстан* нефтяных операций на море. Данное положение может истолковываться по-разному, до тех пор пока оно не будет уточнено (или устранено) внесением дополнительной поправки.

**в. Береговая предохранительная зона.** Как известно, уровень Каспийского моря резко возрос за последние несколько десятилетий, возможно, благодаря естественным геологическим (плитотектоническим) процессам под морским дном. Этот феномен привел к “захвату” морем очень большой территории, которая была плоской прибрежной равниной Западного Казахстана. Это, в свою очередь, вызвало опасения, что загрязнение прибрежной территории в ходе проведения нефтяных операций при дальнейшем повышении уровня моря может привести к более серьезному загрязнению моря. Хотя отмечается, что постоянный рост уровня моря прекратился в последние несколько лет, имеющиеся опасения были выражены в принятии поправок к Законам “О недрах” и “О нефти” (ст. ст. 48-1 и 30-9, соответственно) для охраны вновь образованной береговой Предохранительной зоны, которая простирается на пять километров от моря в сторону суши (и которая, вероятно, будет “смещаться” в будущем в зависимости от повышения или понижения уровня моря).

Таким образом, операции по разработке недр должны проводиться в этих Зонах “таким образом, чтобы исключить либо максимально снизить Загрязнение моря в случае подъема морского уровня вод”. Как отмечалось, применяются строгие меры ответственности за ущерб, нанесенный окружающей среде, физическим или юридическим лицам в случае Загрязнения моря в результате проводимых Нефтяных операций в такой зоне и последующего подъема уровня моря.<sup>17</sup>

Как и в случае с нефтяными операциями на море, должны быть разработаны, одобрены и выполнены детальные программы по предотвращению и ликвидации аварий (п. 3 ст. 30-9 Закона “О нефти”), а в случае Загрязнения моря подрядчик обязан “предпринять все возможные меры” для “устранения либо снижения опасности последствий” “всеми доступными для него средствами”. (там же, п. 4 ст. 30-9). Последнее положение, касающееся конкретного загрязнения в результате операций в Морской охранной зоне, может применяться не только в случае

дальнейшего повышения уровня моря в Зоне, но и в случае утечки или проникновения загрязнения из Зоны в близлежащее море при существующем уровне.

#### **10. Некоторые иные новые и пересмотренные положения**

Закон о внесении изменений вводит другие специальные нормы и изменения в эти два закона, ряд из них касается ст. 64 Закона о недрах (“Условия проведения операций по недропользованию”), ст. 30 Закона о нефти (“Условия проведения нефтяных операций”) и последующих статей. Некоторые из этих изменений вносят дополнительные обременения, некоторые дают преимущества, а другие являются смешанными. Мы упоминаем только некоторые из них:

**а. Коммерческое обнаружение.** Более четко изложены обязательства подрядчика сообщить и произвести оценку месторождения, которое может иметь коммерческую ценность. С другой стороны, теперь однозначно установлено, что подрядчик, который сделал коммерческое открытие, имеет исключительное право получить права на добычу на основе прямых переговоров (т.е., без проведения тендера). См. п. 1 и 2 ст. 64 Закона “О недрах”; п. 4 и 5 ст. 30 и ст. 30-3 Закона “О нефти”.

**б. Рабочие программы.** В соответствии с нормами казахстанского законодательства ужесточены требования по установлению минимальной и годовой программ. П. 1 ст. 64, п. 3-1 ст. 64 и последующие статьи Закона “О недрах”; ст. 30-1 Закона “О нефти”.

**в. Возмещение расходов.** Данные правила также в некоторой степени были уточнены и ужесточены. Ранее оба закона в краткой форме устанавливали, что расходы по проектам по недропользованию могут быть возмещены в соответствии с контрактом в случае коммерческого обнаружения; регулирование указанного вопроса на уровне подзаконных актов также не было детальным. Теперь же (i) Закон “О недрах” п. 3 ст. 64 включает дополнительные условия об исключении компенсации расходов, которые “неоправданно высоки”, или не соответствуют Положительной практике разработки месторождений, или которые понесены в связи с нарушением правил либо норм, установленных законом или контрактом; и (ii) новая ст. 30-6 Закона “О нефти” вводит дополнительные ограничения в отношении момента и суммы возмещения расходов по проектам по разработке углеводородов и предусматривает возможность переноса момента возмещения затрат.

**г. Право собственности и передача прав на имущество; связанные с этим обязательства.** Ст. 30-7 Закона “О нефти” теперь гласит: “Вопросы перехода прав собственности на оборудование



и иное имущество, а также компенсации такого перехода на оборудование и иное имущество используемое Подрядчиком для проведения Разведки и Добычи, определяются Контрактом". Далее в п.п. 2 из ст. 30-7 устанавливается, что несмотря на какую-либо передачу прав Государству, если иное не определено контрактом, подрядчик сохраняет обязательства по демонтажу и(или) удалению имущества с контрактной территории за свой собственный счет, безопасными и эффективными средствами по требованию соответствующих государственных органов.

**д. Сохранение газовых месторождений; обязательная продажа.** Новая ст. 30-4 Закона "О нефти" устанавливает достаточно позитивные принципы, но затем ограничивает их применение. Вначале утверждается, что разведка и разработка коммерческого месторождения природного газа должна осуществляться незамедлительно, если контрактом не предусмотрено иное. Вместе с тем устанавливается, что (i) государственные органы не могут требовать начала разработки таких месторождений до тех пор, пока не будут заключены соответствующие договоры купли-продажи, и (ii) если иное не оговорено в контракте, срок контракта на разработку продлевается на период заключения договора купли-продажи. Однако если такой договор купли-продажи не будет заключен в течение года с момента коммерческого открытия, Государство может потребовать заключения такого соглашения с назначенными третьими лицами, и если подрядчик и назначенное третье лицо не смогут достичь соглашения, вопрос должен быть разрешен "в судебном порядке".

**е. Сжигание газа.** Ст. 30-5 Закона "О нефти" устанавливает общее требование к подрядчику о получении предварительного письменного разрешения на сжигание в факелах попутного или природного газа в связи с разведкой или добычей, за исключением некоторых случаев (когда должно быть представлено уведомление и затем получено одобрение).

**ж. Добыча на месторождении в качестве единого объекта; совместные операции.** Новая ст. 31 Закона "О нефти" предусматривает процедуры и требования в случае, если обнаруживается, что месторождение одного из подрядчиков выходит за пределы контрактной территории и соединяется с месторождением на территории другого подрядчика. Возможные варианты, в зависимости от конкретных месторождений, включают пересмотр контрактной территории, передачу прав от одного подрядчика другому, или исполнение договора о проведении совместных операций по разведке и добыче. Если соглашение о совместной добыче не будет заключено добровольно, Компетентный орган вправе, при необходимости, обеспечить заключение такого со-

глашения “в судебном порядке”. В целом, статья предусматривает, что подрядчики, ведущие совместную разведку и добычу, “несут солидарную ответственность по выполнению обязательств, возложенных на них Контрактом, а также [применимыми рабочими программами]”. Последнее положение (п. 5 ст. 31), скорее всего, будет истолковано таким образом, чтобы применяться не только к соглашениям о совместной деятельности, предусмотренным в ст. 31, но и во всех случаях проведения совместных операций консорциумом, не зарегистрированным в качестве юридического лица. (См. также ст. 13.4-1 Закона “О недрах”).

**з. Сервитуты.** Концепция сервитутов, первоначально введенная в казахстанское право Земельным Кодексом в 1995 году, непосредственно применяется в контексте недропользования (Ст. 1.25-1 и 11-2 Закона “О недрах”). Сервитут, в случае необходимости, может быть предоставлен одному лицу в виде ограниченного права использования или доступа через участок недр другого лица. Сервитут предоставляется государственным органом по использованию и защите недр (Министерство природных ресурсов и охраны окружающей среды) “по соглашению” с владельцем соответствующего участка недр и с Компетентным органом. В статье также содержатся дополнительные ограничения и процедуры.

### III. Сохранение действующих лицензий и контрактов.

Проблема стабильности правового режима для действующих проектов недропользования является очень важной, тем более в свете значительных изменений закона. Но обобщенный анализ стабильности для конкретного проекта представляется сложным по причине своеобразности и особенностей каждого из проектов, а также не всегда достаточно четкого взаимодействия между соответствующими юридическими нормами. Мы приводим только базовые компоненты анализа по действующему законодательству РК.

Необходимо изначально иметь в виду, что нельзя полностью полагаться на какую-либо статью закона, предоставляющую стабильностную, “дедушкину” оговорку или схожую защиту для ранее существовавших контрактов, так как указанные статьи могут быть изменены в любое время другими нормами национального законодательства. (В действительности, подобное сужение стабильностных положений казахстанского законодательства уже имело место в течение последних нескольких лет, как это будет показано ниже). Поэтому, всегда разумно

подкреплять свою правовую позицию с помощью наиболее сильных и максимально обстоятельных стабилизационных положений в самом инвестиционном контракте. Это может создать основу для приемлемого арбитражного решения и присуждения компенсации убытков вне зависимости от каких-либо неблагоприятных законодательных актов. (Конечно, специальное законодательство по отдельным проектам, указы Президента и постановления Правительства, предлагающие дополнительную стабилизационную защиту, могут оказать большую помощь, там где это возможно.

#### 1. Положения Законов “О недрах” и “О нефти” с внесенными изменениями

Закон о внесении изменений содержит собственную стабилизационную норму (п.3 ст. 2), которая выражена в следующей форме:

“Все лицензии по недропользованию, выданные до момента вступления в силу настоящего Закона [т.е., 1 сентября 1999 года], сохраняют свое действие до момента истечения их срока действия, включая периоды продления, в соответствии с законодательством [РК], действовавшим на момент выдачи таких лицензий. В отношении приостановления, отзыва, прекращения действия, а также признания недействительными лицензий по недропользованию применяются нормы [Закона О недрах] без учета изменений и дополнений, принятых в соответствии с [Законом о внесении изменений].”

✓ Ясно, что данное положение предназначено для того, чтобы снять опасения всех существующих владельцев лицензий в связи с тем, что Законом о внесении изменений вообще устранено институт лицензирования. ✓

Естественно, возникает вопрос относительно стабильности всех действующих *контрактов*, которые существовали наряду с лицензиями и в которых детально урегулированы права и обязанности инвесторов? Распространение действия п.3 ст. 2 Закона о внесении изменений на контракты могло бы быть идеальным средством усиления указанных гарантий; но мы считаем, что данный вопрос адекватно, если не идеально, регулируется в других статьях в Закона “О недрах” и Закона “О нефти”, также как и в соответствующих положениях ГК, Закона “Об иностранных инвестициях”, а применительно к налогообложению - в Налоговом кодексе.

Закон “О недрах” и Закон “О нефти” имеют в этом отношении практически идентичные положения. Во-первых, установлено (и это не было изменено Законом о внесении изменений): “Лицензии, выданные, и Контракты, заключенные до вступле-

ния в силу настоящего Указа, а также все связанные с ними акты исполнительных органов [РК] сохраняют свое действие” (п.2 ст. 73 Закона “О недрах”, п. 5 ст. 2 Закона “О нефти”). Данное положение направлено на “оставление в силе” специальных условий, содержащихся в проектных лицензиях и контрактах, и связанных с ними специальных указах Президента и постановлениях Правительства и т.д., подобные принятым в пользу “Тенгизшевройла” еще до принятия двух законов (июнь 1995 г. - Закон “О нефти” и январь 1996 г. - Закон “О недрах”).

Оба закона, опять же практически в идентичной формулировке содержат следующее позитивное положение (хотя оно недавно было ужесточено Законом о внесении изменений, как показано курсивом):

“[Недропользователю] гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством. Изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение [Недропользователя], не применяются к Контрактам, выданным и заключенным до таких изменений и дополнений. *Гарантии, установленные данной статьей не распространяются на изменения законодательства [РК] в области обеспечения обороноспособности, национальной безопасности, в сфере экологической безопасности и здравоохранения*”. (ст. 71 Закона “О недрах”, ст. 57 Закона “О нефти”). Необходимо отметить, что данное положение четко распространялось также и на лицензии до тех пор, пока в нем Законом о внесении изменений, в котором имеется собственный п.3 ст. 2 касающийся ранее выданных лицензий, не было удалено слово “Лицензии”.

Это создает дополнительные защитные гарантии более поздним контрактам, заключенным после вступления указанных законов в силу, но теперь указанные гарантии существуют только в форме, суженной Законом о внесении изменений, которая выделена курсивом выше.

Данное положение в существующем виде может приобрести особую важность с точки зрения ужесточения требований к охране окружающей среды, произошедшего в результате принятия Закона о внесении изменений (См. п.9 раздела II выше). Нам кажется, что указанные изменения (относительно экологии, и т.п.), внесенные данным Законом, будут, ввиду применимого исключения, толковаться как применимые к контрактам, заключенным после 1995 года, для которых стабилизационные положения выражены иным образом, хотя можно привести аргументы об обратном. Тогда возникает еще один вопрос, касающийся толкования, - будет ли данное исключение применяться к контрактам, заключенным до 1995/96 гг. Отсюда следует, принимая во внимание существующие и нововведенные законодательные

ограничения стабилизационной защиты, что Правительство, вероятно, займет такую позицию, согласно которой недавние изменения экологического законодательства - и любые будущие изменения в области экологии, здравоохранения и национальной безопасности — будут применяться и к тем старым контрактам.<sup>18</sup>

## 2. Положения Закона об иностранных инвестициях.

В любом случае, вышеуказанное исключение в отношении экологического права соответствует очень схожей формулировке стабилизационной статьи (ст. 6 “Гарантии от изменения законодательства”) казахстанского Закона “Об иностранных инвестициях” от 27 декабря 1994 г. с последующими изменениями и дополнениями (далее ЗИИ). На данную статью могут и должны ссылаться инвесторы по некоторым углеводородным и другим природоресурсным проектам. См., напр., п. 4 ст. 4 Закона “О недрах” (Обычно ЗИИ, несомненно, должен пониматься как защищающий иностранных инвесторов в по СРП в Казахстане. Однако последняя поправка к ЗИИ ставит под определенное сомнение такое “простое” заключение.)<sup>19</sup>

Изначально ст. 6.1 ЗИИ предоставляет иностранным инвесторам более широкие гарантии:

“В случае ухудшения положения иностранного инвестора, являющегося результатом изменений в законодательстве и (или) вступлением в силу и (или) изменением условий международных договоров, к иностранным инвестициям в течение 10 лет применяется законодательство, действовавшее в момент осуществления инвестиций, а по инвестициям, осуществляемым по долгосрочным (свыше 10 лет) контрактам с уполномоченными государством органами, - до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное.”<sup>20</sup>

П. 3 ст. 6 ЗИИ также содержит исключение из стабилизационной защиты почти идентичное, но немного более широкое по условиям, чем то, которое недавно внесено в Закон о недрах и Закон о нефти, распространяющееся на поправки к закону “в области обеспечения обороноспособности, национальной безопасности, в сфере экологической безопасности и здравоохранения и *правственности*” (выделено нами). П. 3 ст. 6 далее предусматривает:

“ При изменении законодательства, ухудшающего положение иностранного инвестора в данных областях, иностранному инвестору должна быть выплачена незамедлительная адекватная и эффективная компенсация в валюте инвестирования либо в иностранной валюте, установленной соглашением иностранного инвестора с Республикой Казахстан.”

Хотя в Законах “О недрах” и “О нефти” нет такого положения

о компенсациях при изменении законодательства, указанное положение ЗИИ должно применяться к проектам по недропользованию (с учетом вышеуказанной меры предосторожности относительно СРП и последних изменений и дополнений в ЗИИ). В любом случае, лучше включать такое положение в сам контракт.

Кроме того, постановлением Верховного Совета РК, сопровождавшим принятие ЗИИ, статье 6 ЗИИ прямо придается обратная сила. Она гласит: “Статья 6 Закона применяется к правоотношениям, возникшим до вступления в силу Закона.”<sup>21</sup> Данное положение призвано подтвердить, что все иностранные инвесторы, подпадающие под действие ЗИИ, уже подлежали исключению из стабилизационной защиты в отношении экологических норм; поэтому нет ничего особенного в понимании содержащихся в Законах “О недрах” и “О нефти” аналогичных исключений таким образом, что они также имеют обратную силу.

### 3. Гражданский Кодекс.

Как отмечалось выше, Гражданский Кодекс РК, являющийся фундаментальным гражданско-правовым актом Казахстана, оказывает дополнительную поддержку стабильности контрактов на недропользование. Ст. 383 предусматривает:

“1. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

2. Если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.”

Данная основополагающая гражданско-правовая норма для контрактов, безусловно, применима к контрактам 7FUVWX·he, заключаемым с государственными органами РК. См. ст. III Гражданского Кодекса; см. также п. 3 ст. 4 Закона “О недрах”, который подтверждает, что “гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, регулируются нормами гражданского законодательства, если они не урегулированы нормами настоящего [Закона].” Отметим, что процитированный выше п. 2 ст. 383 Гражданского Кодекса допускает, что новый закон будет иметь обратную силу, но только если это прямо в нем предусмотрено. Указанное положение в сочетании с последней редакцией п. 3 ст. 4 Закона “О недрах”, а также п. 1 ст. 73 Закона “О недрах”, ст. 6 ЗИИ и Постановлением о введении в действие ЗИИ (см. выше), также склонно подчеркивать случаи

применения нового стабилизационного исключения Закона “О недрах” и “О нефти” для изменений в законодательстве, касающихся вопросов обороны, экологии или здравоохранения, к ранее заключенным контрактам на недропользование.

#### **4. Стабилизационная оговорка относительно налогового законодательства.**

Стабильность и защита от изменений налогового законодательства контрактов на разработку недр, заключенных в различное время за последние годы, является еще одним имеющим огромное значение вопросом, которому было уделено много внимания и посвящен ряд изменений в Налоговом Кодексе РК.<sup>22</sup> Безусловно, в Налоговом Кодексе содержатся самодостаточные положения, устанавливающие режим налогообложения и соответствующих платежей для природоресурсных проектов (Глава 21, ст. 94 и далее). Ниже мы отметим только собственные стабилизационные условия Налогового Кодекса.

Общеприменимые положения приводятся в п. 2 ст. 94 и п. 1 ст. 94-3, которые следует рассматривать в совокупности. Они устанавливают, что (i) налоговый режим контрактов на недропользование должен соответствовать налоговому законодательству, действовавшему на момент заключения контракта, и что (ii) налоговый режим таких контрактов (утвержденных государственной налоговой экспертизой) должен быть стабильным до конца срока действия контракта если не будут взаимно согласованы изменения, которые не меняют равновесия первоначальных экономических позиций сторон.<sup>23</sup>

Следует обратить внимание также на п. 4 ст. 179 Налогового Кодекса, касающийся оставления в силе контрактов по проектам до 1996 года, в котором указано, что:

“Условия налогообложения, определенные в контрактах заключенных до 1 января 1996 года, а также в контрактах заключенных после указанной даты во исполнение ранее заключенных контрактов с [тем же] недропользователями, и в контрактах прошедших обязательную налоговую экспертизу [до этой даты, но], заключенных с 1 января 1996 года, сохраняются и действуют в течении всего установленного срока их действия.”

Наконец, отметим п. 4 ст. 2 Налогового Кодекса, который устанавливает, что освобождение от налогов или уменьшение налогов, установленных в Налоговом Кодексе, могут быть приняты только посредством: i) изменения самого Налогового Кодекса, или ii) контракта с Государственным агентством РК по инвестициям (в соответствии с особым правовым механизмом, который по действующему законодательству не применяется к проектам по разработке полезных ископаемых). Данное положение

ние закона, аналогичное некоторым из указанных выше, способствует возникновению проблемных вопросов о предполагаемом взаимодействии различных стабилизационных положений в разных целях.<sup>24</sup>

В заключение хотелось бы отметить, что даже если будет установлено, что условия контракта (и/или лицензии) имеют право на “стабилизацию” таким образом, что нормативно-правовые акты по состоянию на определенную дату остаются применимыми в “замороженном” виде без учета последующих изменений, сложности все же останутся. Во-первых, даже если Правительство намерено выполнить данное обязательство, не всегда будет легко выделить и изолировать эти прежние нормы для применения особенно учитывая то, что могли быть приняты и увязаны “пакетами” и бесполезные, и полезные изменения и дополнения, и что изменения в некоторых областях (охрана окружающей среды, и т.п.), неключены из-под защиты “дедушкиной” оговорки. Кроме того, если Правительство изменило законодательство и *не* намерено соблюдать свое стабилизационное обязательство в отношении отдельных инвесторов, вряд ли третейский суд сможет приказать Казахстану как суверенному государству, воздержаться от применения нового законодательства; самое большее, на что можно реально надеяться в таких обстоятельствах, — это на возмещение ущерба.

Наконец, отметим положение Закона “О нефти” (п. 4 ст. 2) о преимущественной силе условий международных договоров (стороной которых является Казахстан), которое отличается от собственных условий самого Закона “О нефти”. См. об этом же ст. 43 Конституции, п. 8 ст. 3 ГК и п.4 ст. 3 ЗИИ. Нам неизвестно о наличии каких-либо прямо выраженных стабилизационных положений в соответствующих международных договорах (например, Договор Энергетической Хартии, или двусторонний договор об инвестициях между Казахстаном и США).<sup>25</sup> Однако Договор Энергетической Хартии, который, в основном, касается вопросов транспортировки, может сработать, предоставив инвесторам некоторые благоприятные исключения из казахстанского законодательства в настоящее время или в будущем в части отличия его материальных норм от норм национального права. (Данный договор уже ратифицирован Казахстаном и тридцатью восемью другими странами, и вступил в силу для этих стран.) В будущем здесь могут помочь и другие международные договоры.

<sup>24</sup> Проф. Басин — Заслуженный деятель науки Республики Казахстан, свыше двадцати лет возглавлял кафедру гражданского права КазГУ, недавно был награжден Президентом орденом “Курмет” за выдающиеся заслуги в развитии Казахстанского законодательства, является старшим партнером/ консультантом



юридической фирмы “Эквитас” в Алматы. К.ю.п. Ченцова является управляющим партнером фирмы “Эквитас”. Г-н Хаинз — партнер фирмы “ЛеБоф, Лам, Грин, и МакРей” в Нью-Йорке и Москве. В последние годы и профессор Басин, и к.ю.п. Ченцова включались в состав нескольких назначенных Правительством Казахстана комиссий по подготовке проектов законов. Д.ю.п. Басин анализировал и комментировал для Правительства проекты изменений и дополнений в законы, которые являются предметом настоящей статьи. Авторы выражают свою признательность за оказанную помощь юристу фирмы “Эквитас” Царевой А. В. и помощнику юриста фирмы “Дебевоиз энд Плимтон” Тартаковскому Д.А. в подготовке данной статьи.

В данной работе выражена исключительно точка зрения авторов. выводы в статье не связаны с деятельностью ни одного из клиентов вышеперечисленных юридических фирм.

<sup>2</sup> Единственным исключением из общей даты вступления в силу (1 сентября 1999 года) изменений является то, что новый пункт 55.3-1 Закона “О нефти” о видах страхования, необходимых для осуществления подрядчиками, ведущими разведку и(или) добычу на морских месторождениях, вступает в силу 1 января 2000. (Закон о внесении изменений, ст. 2.2) Указанным подрядчикам отведено немного больше времени для соблюдения новых требований к страховому покрытию.

<sup>3</sup> Получить официальные сведения по истории создания законодательства сложно, по крайней мере мы таких еще не видели. В этом плане некоторый интерес представляет статья Н. Дамитова из Государственного агентства РК по инвестициям и А. Мухамеджанова, которая вышла в Алматыском деловом еженедельнике “Панорама” (№ 20 и 21) в мае 1999 года под названием “Агентство по инвестициям разработало проект закона, предусматривающий введение контрактной разрешительной системы предоставления прав недропользования”. Данное агентство выступило инициатором и ведущим разработчиком Закона о внесении изменений.

<sup>4</sup> Указ Президента, имеющий силу закона, “О государственном регулировании отношений, связанных с драгоценными металлами и драгоценными камнями” от 20 июля 1995 года № 2372 был еще одним таким специальным законом, регулирующим другую категорию полезных ископаемых, однако он был отменен в 1998 году. Различные постановления Правительства все еще действуют, согласно Закону “О недрах”, регулируя разработку золота и других драгоценных металлов в Казахстане.

<sup>5</sup> Указ Президента, имеющий силу закона, “О земле” от 22 декабря 1995 года № 2717, с изменениями и дополнениями.

<sup>6</sup> См. Указ Президента, имеющий силу закона, “О лицензировании” № 2200 от 17 апреля 1995 года, с изменениями и дополнениями ст. 9.1 (11), (12) и (13); Закон о внесении изменений п. 3 ст. 1; Закон О нефти Глава 6-1, ст. 36-1 и последующие.

<sup>7</sup> Вкратце анализ будет следующим:

В Казахстане недра и содержащиеся в них ресурсы являются собственностью Республики (т.е., Государства). Конституция Республика Казахстан от 30 августа 1995 года, с изменениями и дополнениями, п. 3 ст. 6; п. 1 ст. 5 Закона “О недрах”; п. 1 ст. 3 Закона “О нефти”.

Правительство (ранее называвшееся Кабинетом министров) осуществляет общие функции исполнительной власти в Республике (п. 1 ст. 64 Конституции; ст. 1 и 9 (18) Закона “О Правительстве” от 18 декабря 1995 года, с изменениями и дополнениями), а также, более конкретно, осуществляет “управление государственным фондом Недр как объектом государственной собственности” (п. 1 ст. 7 Закона “О недрах”; см. также п. 1 ст. 5 Закона “О нефти”).

Компетентный орган действует в соответствии с полномочиями, в установленном порядке делегированными Правительством. Ст. 1(5), п. 1 ст. 8 и п. 4 ст. 44 Закона "О недрах"; ст. 1 (определение "Компетентного органа"), п.1 ст. 6 и п.4 ст. 27 Закона "О нефти"; Постановление Правительства № 474 от 26 апреля 1999 г., с изменениями и дополнениями от 2 августа 1999 г.

Гражданско-правовой анализ подтверждает данный вывод: договорные отношения, по определению, носят гражданско-правовой характер (ГК ст.ст. 1, 147 и последующие, 378 и последующие). При этом п. 3 ст. 4 Закона О недрах прямо подтверждает, что связанные с недропользованием гражданско-правовые отношения регулируются гражданским законодательством (в основном, Гражданским Кодексом), если они не урегулированы положениями самого Закона "О недрах". Кроме того, i) согласно ст. 111 ГК Республика может вступать в гражданско-правовые отношения, (в основном, контракты), действуя через органы государственной власти и управления (в нашем случае, через Правительство и, косвенным образом, через Компетентный орган, уполномоченный Правительством); ii) к Республике, в основном, применяются те же гражданско-правовые нормы, что и к юридическим лицам (там же, ст. 114).

Вследствие этого, законом также предусмотрено, что Республика отвечает активами "государственного казначейства" по своим обязательствам, включая незаконные действия или бездействие государственных органов и должностных лиц. См. п. 5 ст. 9 и ст. 113 ГК; п. 2 ст. 9 Закона "Об иностранных инвестициях".

Далее поддержку для настоящего анализа можно обнаружить в определенных международных договорах, которые устанавливают, что уполномоченные государственные органы приравниваются к Государству ("Сторона" по договору) в контексте разрешения инвестиционных споров. Смотрите, например, п. 1 ст. VI Двустороннего Договора между Республикой Казахстан и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 мая 1992, ст. 25 Вашингтонской Конвенции от 18 марта 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами.

<sup>8</sup> В число существующих Национальных компаний входят АО "Казтрапсойл" (занимается транспортировкой нефти), а также АО "Казатомпром" (в сфере атомной энергетики). В настоящее время нет ни од(789:В)омпании, в общую компетенцию которой входил бы сектор разработки твердых полезных ископаемых. (Ранее такую роль играло АО "Алтыналмас", но теперь оно не является государственным.) Программой приватизации на 1999-2000 годы, утвержденной постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 июня 1999 г. № 683, предусмотрена разработка и издание дополнительных конкретных постановлений, касающихся национальных компаний, а именно: Правил, регламентирующих деятельность национальных компаний, Правил проведения конкурса по выбору топ-менеджеров национальных компаний, Правил принятия решений от имени государства как акционера.

<sup>9</sup> В ходе подготовки Закона о внесении изменений высказывалось предложение об исключении данной статьи 53 и вносимой ею поправки в свете нового п. 1 ст. 8-3, но этого не случилось.

<sup>10</sup> По нашему мнению, буква закона поддержала бы обращение подрядчика по твердым полезным ископаемым к форме СПП при наличии у него желания следовать этим путем. См. п. 2 ст. 42 Закона "О недрах" (допускающий "другие формы контрактов").

<sup>11</sup> См., например, положение о возмещении затрат (п. 3 статьи 64 Закона "О недрах", статья 30-6 Закона "О нефти"), право собственности и его передачи (статья 30-7 Закона "О нефти") и право удержания месторождений газа (статья 30-4 Закона "О нефти"). См. ниже раздел II.10 на предмет дальнейшего рассмотре-

решения этих и других различных новых или пересмотренных положений обоих законов. Данные изменения не во всех случаях являются позитивными.

<sup>12</sup> Вероятно, что оборудование и иные товары не будут считаться “произведенными в Казахстане”, если они просто импортируются созданным совместным предприятием от иностранного поставщика и продаются (или перепродаются) СП без добавления местной стоимости. Чтобы уверенно считаться “производителем”, местное СП должно, по крайней мере, осуществлять сборку, если не непосредственно производство, а не просто выступать в качестве торгового агента между иностранным поставщиком и казахстанскими подрядчиками по проекту. Аналогичную осторожность следует соблюдать в отношении оказания услуг через местные СП.

<sup>13</sup> Единственное исключение, указанное в п.3 ст. 53-1, сделано для углеводородных проектов, осуществляемых в районе морских границ на море (например, Каспийское или Аральское море), где разрешается применение права другого государства, если это обусловлено договором (таким, как договор о разграничении Каспийского моря, подписанный в прошлом году между Казахстаном и Россией, но, очевидно, до сих пор не ратифицированный). Такая уступка по применимому праву по проектам в этих морских пограничных зонах может оказаться полезной для содействия целеному развитию месторождения в этих зонах.

<sup>14</sup> Данные статьи приводятся в Главе 62 (“Коллизионные нормы”) так называемой “Особенной части” Кодекса, который был принят совсем недавно, 1 июля 1999 года. Сейчас действует полный новый Гражданский Кодекс, который может оказаться полезным при анализе различных вопросов, возникающих в связи с контрактами на недропользование, как мы указываем в ряде пунктов настоящей статьи.

<sup>15</sup> Кроме того, в Законах “Об иностранных инвестициях”, “О недрах” и “О нефти” сейчас содержатся специальные положения, которые исключают (т.е., выводят) изменения в экологическом (и некоторых других отраслях права) праве из общей гарантии инвесторам стабилизационного “иммунитета” от применения изменений законодательства, причем такие изменения в экологическом праве могут даже иметь обратную силу. См. дополнительное обсуждение в пунктах 1 и 2 раздела III ниже.

<sup>16</sup> Необходимо отметить, кроме того, существующие (и остающиеся) ст.ст. 42-45 главы 8 Закона “О нефти” о “Магистральном трубопроводном транспорте”. В них законом предусмотрена, среди прочего, обязанность невмешательства местных органов власти в эксплуатацию данных трубопроводов, а для владельцев трубопроводов (в том числе частных собственников) принятие продукта от третьих лиц для транспортировки при имеющемся резерве пропускной способности. Также различные положения Договора энергетической хартии могут оказаться применимыми для эксплуатации трубопроводов в Казахстане. (Казахстан ратифицировал Договор, который в настоящее время имеет силу в отношении тех 40 государств (*исключая* Россию и США), которые ратифицировали его на сегодняшний день.)

<sup>17</sup> Заметим, что ст. 30-9.2 Закона “О нефти” (норма касающаяся ответственности за загрязнение Предохранительной зоны,) не включает формальной фразы, определяемая на русском языке как “строгая ответственность”, которая четко указана в ст. 48-1.2 Закона “О недрах”. Мы думаем, что это упущение не было умышленным, хотя можно пытаться утверждать обратное.

<sup>18</sup> Еще больше запутывает анализ п. 1 ст.73 Закона “О недрах” (Закон о внесении изменений указанную норму не затрагивал), который гласит: “Настоящий [Закон] применяется к отношениям по недропользованию и другим правоотношениям, возникшим после его вступления в силу. По отношениям по

недропользованию и другим правоотношениям, возникшим до вступления его в силу, настоящий [Закон] применяется к тем правам и обязанностям, которые возникли после вступления его в силу". Хотя сферу применения на практике данных положений трудно предвидеть, указанная норма может еще более подтвердить точку зрения, что инвесторы, на которых ранее распространялась "дедушкина" оговорка, должны будут согласиться с неблагоприятными изменениями в Законе о недрах (например, ужесточение правил экологической очистки), которые затрагивают вопросы, еще не возникшие в проекте, до принятия нового Закона.

<sup>19</sup> Ст. 1 ЗИИ подверглась ряду изменений в августе 1999 года, очевидно, в целях предоставления на законодательном уровне льгот казахстанским компаниям с иностранным участием (например, местным дочерним компаниям иностранных инвесторов). Одно из изменений представляло собой уточнение нового определения "иностранным инвестициям" (также инвестиции являются объектом защиты, обеспечиваемой всеми гарантиями, содержащимися в законе, в том числе статьей 6, следующим образом: "Инвестиции, осуществленные в форме участия в уставном капитале юридических лиц [РК], а также предоставления займов (кредитов) юридическим лицам [РК], в отношении которых иностранные инвесторы имеют право принимать решения." Поэтому похоже, что за исключением случаев, когда одна или более иностранные компании осуществляют инвестиции в СРП с Казахстаном через зарегистрированное в Казахстане юридическое лицо (что не является требуемым или распространенным подходом), инвестиции по СРП не отвечают указанному новому определению "иностранных инвестиций". Можно предположить, что такой результат случаен, по согласно действующей буквальной формулировке закона анализ представляется правильным.

<sup>20</sup> Далее ст. 6.1. ЗИИ также устанавливает, что в случае *ухудшения* позиции иностранного инвестора в силу такого изменения в законе или договоре "отдельные положения контрактов между иностранным инвестором и уполномоченным государственным органом, представляющим республику, могут быть изменены по взаимному согласию сторон с целью достижения баланса экономических интересов участников" (отметим, что данная процедура названа добровольной, хотя мы полагаем, что Правительство будет ссылаться на данное положение и настаивать на изменении, либо непосредственно, либо в судебном порядке в случае возникновения соответствующих обстоятельств.) В п. 2 ст. 6 уточняется, что основная гарантия стабильности по п. 1 ст. 6 в случае ухудшения положения инвестора продлевается на весь срок действия соответствующей лицензии, включая сроки ее продления, в случаях, когда инвестиции осуществляются на основе лицензии. Указанное положение больше не распространяется на новые проекты по недропользованию, но дополнительно смягчает стабилизационное положение проектов с ранее выданными лицензиями.

<sup>21</sup> Постановление Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года, с изменениями и дополнениями от 3 марта 1995 года ("Постановление о введении в действие ЗИИ"), пункт 2.

<sup>22</sup> Указ Президента РК, имеющий силу Закона, "О налогах и других обязательных платежах в бюджет" № 2235 от 24 апреля 1995 года с последними изменениями и дополнениями от 31 марта 1999 года.

<sup>23</sup> В п. 2 ст. 94 (второй абзац) добавлено, что в случае заключения нового контракта с тем же недропользователем или его правопреемником в развитие действующего контракта [напр., контракт на следующий этап деятельности на том же месторождении], налоговый режим, установленный в первоначально контракте, продолжает применяться в той мере, в какой это было предусмотрено в нем.

<sup>24</sup> Дальнейшее рассмотрение этой темы см.: М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин (редакторы) Комментарий к Гражданскому Кодексу Республики Казахстан (Общая часть), том 2, ст. 383, на стр. 311-315 (Алматы, 1998). См. также: А.Т. Кенжебаева "Вопросы стабилизации и оставления в силе лицензий и контрактов в контексте новых изменений и дополнений в законодательство о недрах", доклад на 7-ой ежегодной международной конференции по нефти и газу (KIOGE), 6 октября 1999. (Г-жа Кенжебаева поднимает ряд интересных вопросов о возможном толковании и применении ст. 2.3 Закона о внесении изменений, хотя мы и не во всем согласны с ее анализом и выводами.)

<sup>25</sup> Договор Энергетической Хартии, ст. 10, просто указывает в общих словах, что Государства - Участники должны создать "стабильные, равные, благоприятные и прозрачные условия для Инвесторов", и что инвестиции должны иметь "максимально неизменную защиту и гарантии . . ." и что каждое Государство - Участник должно "соблюдать любые принятые им на себя обязательства." (ст. 10(1)). Также существует требование о предоставлении Инвесторам наиболее благоприятных национальных условий или национальных условий, наиболее благоприятных среди всех прочих. (ст. 10 (3)).

Алма-Ата — Нью-Йорк — Москва

*Статья поступила в редакцию в декабре 1999 г.*

## KAZAKHSTAN'S AMENDED LEGAL REGIME FOR NATURAL RESOURCE DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF THE KEY CHANGES

Yuri G. Basin, Olga I. Chentsova,  
Jonathan H. Hines<sup>1</sup>

Kazakhstan has substantially amended its two basic laws that govern all aspects of hydrocarbon and other mineral exploration and development projects, effective September 1, 1999. The result is a more comprehensive, internally consistent regulatory framework than that previously in place marked by several improvements but also some new burdens, questionable aspects, and remaining draftsmanship issues.

In Section I below we offer some general thoughts on the nature of the changes and the resulting present legal regime. In Section II we address the key specific changes and additions. This discussion will of necessity be selective, with citations to legal provisions that should be explored further by the reader as required on a particular issue. We do not here attempt to provide a primer on the overall framework of the regime. The principal changes highlighted include:

- elimination of subsoil-use licensing;
- provision for “National Companies”, including KazakhOil;
- transfer and pledge of subsoil-use rights;
- granting of rights (tightening of the tender requirement);
- types of contracts (PSAs, Model Contract, etc.);
- more stringent preference rules for local goods and services;
- imposition of Kazakhstan law as governing law;
- expanded environmental protection requirements, particularly with regard to hydrocarbon development operations at sea; and
- new requirements and restrictions (mostly relating to hydrocarbon projects) regarding commercial discoveries, work programs, cost recovery, ownership of equipment, gas retention and flaring, joint operations, and easements.

The new act that has effected these changes is the Law on Introduction of Changes and Additions to Certain Legislative Acts of the Republic of Kazakhstan Regarding Matters of Subsoil Use and the Conduct of Petroleum Operations in the Republic of Kazakhstan, adopted on August 11 and made effective as of the date of official publication, September 1, 1999 (the “Amending Law”). This law has introduced major amendments to

(1) the Law on the Subsoil and Subsoil Use (Edict of the President having the force of law, No. 2828, dated January 27, 1996 B as now amended, the “Subsoil Law”); and

(2) the Law on Petroleum (Edict of the President having the force of law, No. 2350, dated June 28, 1995 B as now amended, the “Petroleum Law”).<sup>2</sup>

The Amending Law also attempts (without wholly succeeding) to clarify the status of pre-existing licenses B such as those covering such important projects as Tenghiz Chevroil, Karachaganak and the Caspian offshore consortium (“OKIOC”). See Section III below for a discussion of this important matter of stabilization, or “grandfathering”.

Since enactment of the Amending Law there has been a good deal of speculation as to the meaning of various of the new provisions. There are indeed uncertainties; we will take the opportunity where possible to clarify the likely intent of the Subsoil Law and Petroleum Law as amended.

## I. General Evaluation

It appears that the main impetus for enacting the amendments was that the Subsoil Law and the Petroleum Law were outdated and failed to reflect relevant changes introduced by subsequent legal acts — including several decrees of the Republic of Kazakhstan (“RK”) Government — over the past few years. In addition, experience

showed that important matters in the sphere of subsoil use remained entirely or essentially unregulated — such as environmental protection and resource development at sea. Further, the two basic laws were insufficiently coordinated with one another; thus, an aim was to eliminate these contradictions and discrepancies. Finally and significantly, the RK Government aimed to incorporate suggestions from the foreign investment community to streamline the legal regime and thus enhance the country's attractiveness as a resource-project investment target.<sup>3</sup>

Several draft versions of the Amending Law were prepared within less than a year beginning in late 1998, differing from one to the next in both concept and specific content. In the process of this work, the principal draftsmen (from the RK State Agency on Investment) distributed the drafts for comment among other RK state agencies, a number of prominent foreign companies and investment groups, law firms and other consulting companies, and certain recognized legal scholars in Kazakhstan (including one of the co-authors of this article). As a result, considerable work was done within quite a short period of time, culminating in enactment of the Amending Law in August 1999.

We believe that the amendments deserve a mixed review. On the one hand, a number of conceptual changes have been made which simplify and otherwise improve the legal regime from investors' point of view (including rejection of the dual license-and-contract system and switchover to a contract-only system of subsoil use); various issues are now regulated with greater precision (and thus, one hopes, predictability); this precision is achieved in part by introduction of several new or improved definitions of terms; and the Subsoil and Petroleum Laws are now better coordinated. However, some of the additions seem unduly stringent (*e.g.*, local supplier preferences and governing law) and/or insufficiently thought out (*e.g.*, the respective roles of the National Company and the Competent Agency, and environmental protection provisions).

Further, the rush to enactment has left some remaining and new inconsistencies and drafting errors within and between the two key laws. These include the remarkable provision in Subsoil Law Art. 44.3, following the literal language of the Amending Law, that a resource-use contract must be registered “and enters into force from the date of its signature and enters into force from the date of its registration . . . .” See also the further discussion below (at Section II.1.) of the need for even better synchronization between the two laws.

All things considered, we anticipate efforts in Almaty and Astana toward further amendments before too long. In the meantime, the changes just enacted by the Amending Law can and probably will be reflected and elaborated in updated versions of the many existing

governmental regulations that address specific aspects of the legal regime B and certain new regulations may be in order as well.

## **II. The Key Amendments**

In our view, the most important changes effected by the Amending Law are the following:

### **1. Synchronization of the Subsoil and Petroleum Laws**

As a preliminary matter, we note that the Subsoil Law was and remains the basic framework law governing development of underground resources in Kazakhstan. Within this framework the Petroleum Law is considered a “special law” *B i.e.*, one that fills out many specifics concerning development of a particular type of underground resource (crude oil, gas condensate, natural gas and other hydrocarbons).<sup>4</sup> The Subsoil Law and the Petroleum Law are to be applied together, in harmony, where possible. (New Art. 2.5-1 of the Petroleum Law now sensibly specifies that petroleum operations will be governed by the principles, terminology and definitions contained in the Subsoil Law B and there are several more specific Petroleum Law references over to the Subsoil Law than was previously the case.) However, in the event of a contradiction, the terms of the special law prevail. *See* Subsoil Law Art. 4 and Petroleum Law Art. 2.

This approach is sound, and even further movement in this direction would be desirable. Ideally the Petroleum Law, as a special law, should cover only the specifics of petroleum operations and not have any overlap with or duplication of the Subsoil Law’s general provisions concerning subsoil use. However, despite the tightening introduced by the Amending Law, there still is a considerable amount of duplication and/or related inconsistency. This gives rise to interpretive uncertainty on some points of substance (*e.g.*, transfer of rights, local supplier preferences, and governing law B see below).

### **2. Elimination of Subsoil-Use Licensing; Contract As Sole Basis of Rights**

**a. General.** Perhaps the most fundamental change introduced by the Amending Law is the rejection of the license-and-contract system of granting subsoil rights, which had been in effect for some years. The basic relations between the government and subsoil users are now to be determined by subsoil-use contracts alone, without preliminary issuance of a license. Accordingly, all provisions concerning subsoil-use licensing have been excluded from both laws. In line with these changes, the RK State Agency on Investment will continue to fulfill its role as Competent Agency in conducting tenders and negotiating, preparing and signing resource-use contracts on behalf of Kazakhstan (Subsoil Law Art. 8; Petroleum Law Art. 6; RK Government Decree



No. 474 of April 26, 1999) but drops its function as “Working Agency” for the Government in the issuance and administration of licenses. (Note that the Competent Agency might continue to deal with issues relating to pre-existing licenses, which have been grandfathered by the Amending Law B see Section III below.)

b. **Related permits still needed.** Elimination of the primary licensing requirement does not affect the process of obtaining several types of ancillary permits, licences and other documentation that are needed to undertake resource development activities, in connection with the contract or once it is in place.

First, the territorial boundaries of the field that the subsoil user is given rights to explore and/or develop are to be recorded in a so-called “geological allotment” (*geologicheskii otvod* B covering exploration) or “mining allotment” (*gornyi otvod* B covering extraction) that is issued for each contract user, as a ministerial matter, and attached as part of the contract. (Subsoil Law Arts. 1.2-1 and -2, 41.8)

Then, on the basis of the resource-use contract and *otvod*, the contractor obtains land-use (*i.e.*, surface-use) rights from the relevant local authorities B in the form of a rental agreement or agreement on non-compensated use, depending on the category of contractor and other factors. (For this purpose the local authorities may, if necessary, take such land and/or rights from private owners or users, as provided for in land legislation.) See Subsoil Law Arts. 9.1 and 44.41, Petroleum Law Art. 7.1, and the so-called Land Code<sup>5</sup> Arts. 8.3, 12, 38.4, 122.6 and others.

There are also other licenses or permits that must be issued, once the contract is in place, to govern the various technical operations that the resource user will carry out (such as for surveying, drilling, construction activities, and discharges at sea).<sup>6</sup>

c. **State interference still possible.** The ascendancy of the contract should streamline the processes for investors’ obtaining and maintaining resource-use rights in Kazakhstan. However, this reform will *not* mean that investors’ rights are entirely protected from unilateral state interference with contract rights under the guise of law. Consider that the former provisions of the two basic laws, under which a license could be unilaterally suspended or rescinded by the state authorities on certain bases, have now simply been transformed into provisions for suspension and termination of contract operations on essentially the same bases. Namely, this could be suspension for carrying out activities not provided for in the contract or the contract program, or violation of the terms of the contract, or “systematic violation” of law regarding environmental protection or safety, or a threat to life or the environment due to circumstances not caused by the user; and termination for failure to cure problems that caused suspension (or impossibility of

cure), failure timely to begin the work program or carry it out adequately despite warning to cure, “material violation” of obligations under the contract or the work program, or bankruptcy of the contractor (Subsoil Law Arts. 451 and 452; Petroleum Law Art. 281).

These powers thus essentially retained by the Kazakhstan Government could be quite important, in view of the Government’s actual history of challenging and revoking investors’ license rights on several projects over the past few years.

In addition, with the amendments in place it is not quite clear that all disputes over extension, suspension and termination of a contract are subject to challenge in the parties’ agreed international arbitration forum. This had been clear with respect to all such *license* disputes under the express terms of Petroleum Law Art. 58, but all that remains there is reference to disputes over “the entry into and performance of” contracts. Further, a contract may be declared invalid, just as a license previously could, upon establishment “in a judicial proceeding” of certain types of irregularity in the process leading up to the contract signing. (See Subsoil Law Art. 45 and Petroleum Law Art. 281.) It appears (from the language and context of this provision) that the referenced “proceeding” might be in a Kazakh domestic court, even where the contract generally calls for international arbitration of disputes. Nevertheless, the removal of the “licensing layer” from resource-use administration should, one would hope, promote enhanced respect for the sanctity of resource-use contracts under general civil-law principles.

**d. State party in interest.** Finally, there remains uncertainty under the law as to who is to be the real contract party in interest on the Kazakhstan government side. The Subsoil Law and Petroleum Law provisions (Art. 8.4 and Art. 6.3, respectively) that empower the Competent Agency to sign contracts do not directly state in whose name the Agency is signing B in its own name, or in the name of the RK Government (or of the Republic itself). Of course, the answer to this question determines who bears responsibility under the contract. (A practice that has developed to date is for contracts to be signed in the names of both the Government and the Competent Agency B and not always with clear indication of any representative capacity.)

Under basic legal analysis, it is reasonably clear that the Competent Agency must be acting for the Government and that the Government, in turn, is acting for

the Republic in executing and performing a resource-use contract. (The Republic’s ultimate responsibility for governmental breaches of contract and investors’ resultant damages can also be reasonably well established. under Kazakhstan law.)<sup>7</sup>

However, at least until such time as the Subsoil Law and/or

Petroleum Law are amended further to state these subordinate capacities more crisply and clearly, investors would be well advised to try to include in their resource-use contracts (in the main text and/or the signature lines) express statements that the Competent Agency is acting for the Government and the Government is acting on behalf of the Republic B or as close approximation of such statements as possible. This would strengthen the investors' position under general private law doctrine as well. *See, e.g.* *Aminoil v. Kuwait*, 21 I.L.M. 1006 (1982); W.L. Craig, W.W. Park and J. Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration 155 (2d ed. 1990); J. Paulsson, May a State Invoke Its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? 2 *Arb. Int'l* 90, 98, 102 n.34 (1986).

### **3.National Company and its Status: Kazakhoil**

a. **General: nature and role.** The Amending Law has introduced the concept of a "National Company" (of which there may be more than one), and several special provisions establishing its legal status and rights. A National Company is now defined in the Subsoil Law as a closed joint-stock company, 100% of the shares of which are owned by the State, and which is established by Edict of the President "to conduct subsoil use operations directly as well as by share participation in Contracts" (Art. 1.271). A virtually identical definition has been added to Art. 1 of the Petroleum Law, the only difference being that the purpose of the Company is stated there to be "management of Petroleum Operations" (again, directly and by share participation in Contracts).

As distinct from other subsoil users, which now must participate in tenders to obtain rights under contract (see Section II.5. below), a National Company may obtain contract rights on the basis of direct negotiations with the Competent Agency (Subsoil Law Art. 411.1). Similarly, the Petroleum Law (Art. 82.1) provides that rights are granted to the National Company "on a non-tender basis, in a priority manner." (As a related matter, the Subsoil Law also now stipulates at Art. 415 ("Tender Proposals for Obtaining Resource-Use Rights") a requirement that bidders state their intention regarding share cooperation with National Companies in carrying out the project.)

Pursuant to Petroleum Law Art. 6.73, the National Company, together with the Competent Agency and with the so-called State Agency for Subsoil Use and Protection (this role presently being filled by the RK Ministry of Natural Resources and Environmental Protection), is also charged with monitoring and control over users' compliance with the terms and conditions of their contracts. New Art. 71 further spells out the National Company's intended functions, includ-

ing (i) participation in strategic planning of development of the hydrocarbon resource base; (ii) participation in the conduct of tenders among potential contractors; and (iii) representation of state interests in contracts by means of mandatory share participation in contracts, together with contractors, “in the manner determined by the State.”

Thus, the National Company enjoys a special legal status — carrying out state supervisory functions in respect of other subsoil users while at the same time itself acting as a subsoil user (evidently to be in mandatory partnership with private company users).

**b. Kazakhoil; blurred mandates.** JSC Kazakhoil National Oil and Gas Company is presently, and is likely to remain, the only designated National Company in the sphere of oil and gas development. It was duly established by Edict of the President No. 3378 dated March 4, 1997. By this Edict and as elaborated in Government Decree No. 410 of March 27, 1997, the State’s rights under PSAs, royalty agreements and other agreements with contractors for exploration, production, transportation and processing of hydrocarbons were assigned to Kazakhoil.<sup>8</sup>

Because of its blurred mandate (see above), there may be uncertainty as to whether the National Company (for petroleum operations — Kazakhoil), when it “represents state interests” as co-contractor in PSAs and other resource-use contracts, will be acting in its own name or in the name of the State (the Republic or the Government). Here again, there is a fundamental issue of liability. Under Kazakhstan civil-law principles it would appear that, when Kazakhoil as National Company enters into PSAs or other contracts as a contracting party “in the State’s interests” but in its own name, it would be deemed to bind only itself — and not the State. In doing this, Kazakhoil would, it seems, merely be a state-owned company entering into a contract as other contractors do — not a regulatory body (such as the Competent Agency). *See also* Civil Code Art. 163.4 (“Persons who act in someone else’s interest but in their own names . . . are not representatives . . .”).

There is also some uncertainty (and concern) regarding the dual, possibly conflicting contract and regulatory roles that Kazakhoil may in any event have under Petroleum Law Art. 7.1. Further, it is not yet clear how such state regulatory authority will be allocated and/or coordinated between the National Company (in particular, Kazakhoil) and the Competent Agency (*i.e.*, the State Agency on Investment). Representatives of these two organizations themselves seem unsure of this, judging from recent pronouncements. However, in various statements Kazakhoil has been signaling a very broad interpretation of its overall mandate.

#### 4. Transfer of Rights; Pledge

a. **General.** Subsoil Law Art. 14 has been greatly expanded, with new rules introduced that somewhat tighten the existing restrictions on transfer of rights.

First, a contractor's absolute right to transfer its subsoil-use right to a subsidiary (prior Art. 14.1) has been removed. It is now provided (in new Art. 14.91) that consent of the Competent Agency is required even for such transfers — but this consent may not be refused provided the parent entity has given to the Competent Agency a guarantee of complete performance of its obligations under the contract jointly and severally with the subsidiary.

Further, new Art. 14.91 fleshes out objective standards to govern the Competent Agency's consideration of requests to transfer rights to third parties: permission may be denied if there is not a showing that the proposed transferee is able to fulfill the user's obligations or in the event false information is submitted. Unreasonable refusals may be challenged "in accordance with current legislation and the terms of the Contract." (Existing Art. 14.7, under which a user bears joint and several liability for contract obligations with a transferee in any case of partial transfer, is retained. *See also* Petroleum Law Art. 53.3.) In the case of partial transfers, new Art. 14.93 now further requires that the users execute a joint operating agreement or similar agreement regarding their mutual rights and obligations, to be approved by the Competent Agency.

These amended, tightened provisions of the Subsoil Law may well have been intended to apply to oil and gas contracts as well B but inconsistent drafting in the Petroleum Law on this point presents uncertainty which might be used by some investors to their advantage. On the one hand, Petroleum Law Art. 83.1 states in clear language that matters of transfer of contract rights are governed by the Subsoil Law (evidently meaning the Art. 14 provisions discussed above). On the other hand, Petroleum Law Art. 53.1 also addressing transfer of rights (and obligations), has been left untouched; it still reflects the Subsoil Law's prior, easier approach to transfers B including a statement that "[t]he terms of a transfer of rights and obligations to a subsidiary organization shall be agreed in the contract."<sup>9</sup> This resultant inconsistency between the two laws may well be inadvertent, but because of it a petroleum contract investor seeking to transfer to a subsidiary may argue that no state approval is needed if the contract allows such transfers without it.

At the same time, Petroleum Law Art. 53.1 states expressly B as Subsoil Law Art. 14 never did and still does not B that transfer of a controlling block of shares in a contractor company qualifies as a transfer of contract rights which requires consent of the Competent Agency. Thus, there may remain less flexibility for hydrocarbon

contractors on this point. The Petroleum Law (Art. 83.2) now also singles out for prohibition of transfer the rights to construct and operate hydrocarbon pipelines at sea.

b. **Pledge of rights.** Subsoil Law Art. 15 has also been amended, but the changes may not be significant in practice. New Art. 15.21 provides that a pledge of subsoil-use rights no longer requires permission of the Competent Agency per the Art. 14 procedures; nor must the contract be re-executed in the name of the pledgeholder. However, a pledge contract still must be “registered” by the Competent Agency, and is effective only upon such registration. At the same time, Art. 15.24 spells out some possible grounds for refusal to register, including: “absence of adequate terms of the pledge of rights for the resource user in comparison with the conditions applied in the domestic or international market in similar circumstances. . . .”

#### **5. Granting of Subsoil Use Rights; Tender Requirement**

The procedures for granting of rights (for exploration, production, and combined exploration and production) have been elaborated and tightened in some respects. The Government is now to approve an annual list of subsoil blocks put out for investment tender. (Parliamentary approval is not also needed, unlike the situation for PSA fields in Russia.) Tenders may be open or closed, conducted under rules of the Subsoil Law (Arts. 411 to 417) that have changed little from those that governed previously. The big change is the new rule that would be users may obtain contract rights only through the tender process. Subsoil Law Art. 411.1; Petroleum Law Art. 82.1. (Previously, tenders were supposed to be held “as a rule,” but direct negotiations without tender were allowed and were often pursued by the Government in practice.)

The only exceptions from tender now permitted are (i) for an exploration contractor who makes a commercial discovery, who then has an exclusive right to enter into a production contract on the basis of direct negotiations (Subsoil Law Art. 64); (ii) as noted above, for a National Company, which obtains rights on the basis of direct negotiations (Art. 411.1); and (iii) for commercial production of widespread minerals, and for construction or operation of underground structures not related to exploration or production of resources, both also allowed without tender (*id.*).

Neither law addresses the situation where there is only one bidder in a tender. We think that in this case the rules of civil legislation should be applied by analogy. Namely, RK Civil Code Art. 915.4 provides that “a tender *may* be invalidated by its organizer if it has fewer than two participants or if the proposals of the tender participants are considered by the organizer not to correspond to the terms of the tender” (emphasis added). It would follow from a literal interpretation

of this rule that if the tender may be declared invalid, it may also be declared valid. This might occur, for example, where the sole participant in the tender *does* meet the required criteria established by the organizers. In such case where there is a sole bidder, tender procedures should still be observed to the extent appropriate.

#### **6. Types of Contracts; Status of PSAs; Adherence to Model Contract**

a. **General.** The list of types of contracts anticipated to be entered into has changed. In part, this merely reflects the shift away from the license-based system. The contract is now the sole “carrier” of the underlying rights. Thus, the types of contracts are now stated to be essentially those that used to characterize licenses: *i.e.*, contracts for exploration, for production, for combined exploration and production, and for construction/use of subsoil structures unrelated to exploration or production (*e.g.*, construction of underground storage reservoirs). This understanding of the basic types of resource use has not changed. Subsoil Law Art. 42.1; Petroleum Law Art. 25.1.

b. **Production-sharing agreements.** The contract types previously named in the law (production-sharing, concession, service, and joint activities) corresponded to types of commercial relationship. Interestingly, of these only a reference to PSAs has survived — and this only in the Petroleum Law list of contract types (Art. 25.1) and *not* in the Subsoil Law list. This has led some commentators to conclude — erroneously, in our view — that the PSA form has somehow been “demoted” or disapproved for use.

There *is* possibly an intent in the new law to signal that PSAs are suitable for oil and gas but not hard mineral development projects. However, this would only reflect the reality of the marketplace; while the PSA form has been available under the law of Kazakhstan (as in Russia) for all subsoil mineral development projects, in practice it is

being used only in the oil and gas sphere. (A few hard mineral PSAs have been approved and may be going forward in Russia but there have been none in Kazakhstan to date as far as we are aware.)<sup>10</sup>

Further, we do detect some frustration of Kazakh government officials with the administrative difficulties presented by the PSA form generally — the need to apply a special, *ad hoc* legal regime having several deviations from standard rules of law, etc. And in Kazakhstan, unlike Russia, there is no special law on PSAs — only the resource-use chapter of the Tax Code which expressly provides a special tax regime for PSAs (*see* Tax Code Art. 941), and various isolated provisions in the Subsoil Law and Petroleum Law that can be applied for purposes of a PSA.<sup>11</sup> Thus, there is a sense that, as a practical matter, PSAs may be discouraged by the RK Government in cases of routine projects where no convincing showing of need for the special regime has been made. But we do not think that oil companies will be barred from

going forward in PSA format for appropriately large and/or difficult fields. (Again, Petroleum Law Art. 25.1(3) still expressly provides for PSAs.)

It will be interesting to see what sorts of contract terms and forms the RK Government will propose in tenders for rights to important fields in the future. Finally, perhaps needless to say, existing PSAs are protected B in form and substance — by the various stabilization provisions in the law and in those contracts themselves (see Section III below).

As for the service, joint activity and concession forms of contract previously mentioned in the law, we suppose that these and other possible forms will still be welcome — as an adjunct to or independent of main development contracts, as appropriate. See Subsoil Law Art. 42.2 (“[d]epending on the conditions of the concrete Resource-Use Operations and other circumstances, . . . other forms of Contracts shall be permitted”), and Petroleum Law Art. 25.2 to the same effect.

c. **Contract terms; Model Contract.** As noted above, the law now states expressly and clearly that “the terms of a Contract must accord with [RK law]” and that “Contract terms contradicting the legislation in effect at the time of execution of the Contract shall be considered invalid.” Subsoil Law Art. 42.2-2; Petroleum Law Art. 26.5. This must be kept well in mind, particularly in the context of entering into a PSA where some “standard” international industry terms may run afoul of (or, in any event, do not find clear support in) Kazakhstan law.

Both laws (Subsoil Law Art. 42.2-1; Petroleum Law Art. 26.6) also state that “the terms of a Contract shall be determined by mutual agreement of the parties, taking into account the provisions of the Model Contract.” This statement is not new to the laws. There is an officially-approved Model Contract: the current version is the Model Contract for Carrying Out Resource-Use Operations, confirmed by RK Government Decree No. 108 of January 27, 1997. This is a generic, all-purpose document, not geared to PSAs in particular. It certainly is not satisfactory from Western investors’ point of view in all respects. It is not clear whether the Government intends to adopt a specific model contract for PSAs. At the very least, if the existing Model is intended to be used, it will have to be updated to incorporate all of the Amending Law changes.

There may be some uncertainty over whether the Model Contract’s provisions are considered mandatory or only guidelines for negotiation. Decree No. 108 cited above instructs competent agencies of the Government, “in preparing and concluding resource-use contracts, to be governed [*rukovodstvovat’sya*] by the provisions of the Model Contract.” However, the definition of Model Contract in the Subsoil



Law (Art. 1(13)) refers to it only as a “sample contract” and says that “it shall be utilized *as an example* in preparation of Contracts” (emphasis added). Thus, it is fairly clear in our view that all of the terms of the Model Contract cannot be considered to be mandatory. This follows from all of the above-cited references in the two laws.

Our recent experience is that officials of the Competent Agency and other relevant state bodies have come to understand this as well: they have tended to agree that the only Model Contract provisions that are mandatory are those that parrot mandatory provisions of the law.

#### **7 Preference for Local Goods and Services**

The existing requirements for favoring local suppliers of goods and services have been stiffened and may cause problems for investing companies, depending on how the law is administered by the RK Government.

a. **Basic provisions: prior versus current law.** Previously there were manageable requirements that Kazakhstan-produced equipment, materials and other goods be given preference if competitive in quality (both ecological and technical), price and delivery terms, and that local service (including transport) providers be given preference if competitive in price, efficiency and quality. Now both the Subsoil Law (Arts. 63(7) and (8)) and the Petroleum Law (Arts. 41(6) and (7)) state more absolutely that it is “mandatory” for resource-user companies to use goods “produced in Kazakhstan”, and services provided by “Kazakhstan enterprises and organizations,” if such goods or services “comply with standards and other requirements within a tender conducted in Kazakhstan in the manner determined by the [RK] Government.”

b. **New affirmative permission requirement.** New Art. 63.8-1 of the Subsoil Law then adds, with respect to services: “In the event of absence of some type of service in . . . Kazakhstan, the services of foreign organizations may be used by permission of the state agency.” This appears to establish a rule that it is not enough for a foreign investing company to hold a fair tender in Kazakhstan under state-mandated rules, conclude that there is no appropriate Kazakh service provider available and then turn to a foreign provider; rather, in such case the investor could then *also* have to receive affirmative government permission before awarding the contract to a foreign firm. (Curiously, while the basic tender requirements for goods and services providers are stated in both laws, this affirmative permission requirement is not restated in the Petroleum Law. This may simply have been a drafting error. In any event, because of the partial overlap and repetition of provisions in the two laws, there will be some uncertainty over whether the requirement is or is not intended to apply to hydrocarbon projects.

For now, one may reasonably take the position that it is not so intended.)

c. **General analysis: path to solution.** These Kazakhstan supplier amendments presumably were introduced as a result of political pressure to maximize benefits from the current mineral development boom to the local economy — as was the case with recent amendments to Russia’s PSA Law. However, while Russia’s new 70% quota for local suppliers at least sets a predictable rule (and applies only to goods, not services), the new Kazakh law requirement — being at once absolute and devoid of objective standards — could cause even greater difficulties. This is all the more so in view of the evident (i) scarcity of high-quality suppliers of the needed goods and services in Kazakhstan even as compared with Russia, and (ii) additional requirement of affirmative government permission to engage foreign service providers once a tender has been held. The hope is that the contemplated tender rules to be developed and issued by the RK Government will reintroduce workable, objective standards and realistic expectations to the process. (Note that such strict national supplier preference rules may also cause problems for Kazakhstan in connection with its pending application for membership in the World Trade Organization.)

In any event, an obvious avenue for satisfying the requirements has been and should remain the establishment and operation of joint venture companies in Kazakhstan between qualified foreign suppliers and local partners, to be deemed a “Kazakhstan enterprise” and to make goods “produced in Kazakhstan.” This has been the strong trend of development in Russia (particularly in the Far East in connection with the Sakhalin projects), and it is likely to occur in Kazakhstan as well. It will be interesting to see how broadly or narrowly these “produced in Kazakhstan” and “Kazakhstan enterprise” criteria will be defined and applied in practice.<sup>12</sup>

#### **8 Governing Law**

There has been a notable step backward as well with regard to governing law for resource-use contracts.

Previously, both the Subsoil Law and the Petroleum Law provided that, except on points where application of Kazakhstan law was expressly required, the parties were free to have their contract relations governed by the law of another country. This rule was consistent with general principles of private international law as applied in Kazakhstan and now recodified in the new RK Civil Code — see below. In practice this has meant that foreign companies legally could get the RK Government to agree to foreign law (perhaps of England, Sweden, etc.) to govern contract disputes under a PSA or other contract, while it was understood that in any event Kazakh law would apply to matters

of actual project operations in Kazakhstan (that is, environmental, safety, labor and tax laws, etc.).

Now these basic understandings have changed, at least for oil and gas projects. The prior permissive “Applicable Law” definition has been removed from both laws. In its place there is a new Article 53-1 of the Petroleum Law. It states bluntly:

“(1) The law of the Republic of Kazakhstan exclusively shall be applied to relations for the conduct of Petroleum Operations being carried out [on RK territory on land and at sea].

“(2) Terms calling for application of foreign law may not be contained in Contracts being concluded with the Competent Agency . . . .”

This will likely be taken to mean that henceforth no PSA or other resource-use contract entered into with the State may provide for foreign applicable law, even just to govern the parties’ contract disputes (although a narrower, less restrictive interpretation might still be possible).<sup>13</sup> Subsoil Law Art. 4.3 and Petroleum Law Art. 2.3 would provide further support for this conclusion. (This rule should *not*, in any event, prevent foreign companies from insisting on application of foreign law to govern the various kinds of related agreements that may be entered into, as adjuncts to the main resource-use contract, with other Kazakhstan parties.)

We note that no such restrictive provision has been added to the Subsoil Law — so that that law is left without any statement on governing law for contracts. Here again, it is unclear whether this omission was inadvertent or purposeful. The result, in any case, appears to be that in hard mineral development projects, which are governed by the Subsoil Law alone, general civil-law principles on choice of law for international contracts would apply (see RK Civil Code Arts. 1102, 1112-1115).<sup>14</sup> Those principles should allow the choice of foreign law to govern a hard mineral-use contract entered into between a foreign company-investor and the RK Government (or agency thereof). What the responsible state agencies will or will not agree to in negotiations is another matter.

#### **9 New Environmental Protection Requirements**

There are major additions, mostly to the Petroleum Law, that make clear Kazakhstan’s present focus on protection of the environment from possible ill effects of resource development — in general and, in particular, at sea and in a five kilometer-wide contiguous coastal zone.

To date the legal regime has been rather sparse — based on the cursory existing provisions of the Subsoil and Petroleum Laws, some supporting government decrees, and the general RK Law on Environmental Protection dated July 15, 1997, as amended. This is now sharpened and tightened by a number of new or revised definitions of key terms; newly-stated general standards of conduct; new substantive

requirements for most aspects of project work; and, if there otherwise could have been any doubt about this, clearly expressed confirmation that Kazakhstan's environmental laws and rules govern resource development projects in all respects (*see, e.g.*, Subsoil Law Arts. 49.1 and 64.1; Petroleum Law Art. 30.1, 30-2.1 and 46<sup>15</sup>).

These amendments will not be welcomed by investors; to the extent enforced, the new rules could cause some real problems. The only conceivable benefit here might be the enhanced awareness that investors will now have of Kazakhstan's apparent seriousness on environmental protection and of the need to act accordingly.

However, there is a certain scattershot approach to — and sloppiness of — drafting in these sections of the laws which will make compliance somewhat harder. And there will be a real need for elaboration of basic principles in detailed ministry-level instructions.

Investors now have all the more reason to perform their own thorough environmental audit of the area B aside from anything required by law — before undertaking work under any hydrocarbon resource project. With the newly tightened standards of care, the generally poor current state of the environment and relevant infrastructure, and the financial inability of nearly all Kazakh production enterprises/local partners to make good on any indemnities entered into, foreign investors and/or their venture companies could become particularly vulnerable to third-party or even government-driven damage claims on pre-existing environmental situations. A well-documented pre-project audit may afford some degree of protection here.

**a. The amendments in general.** The array of new defined terms and standards of care is notable, most relating to maritime or coastal-area projects.

The most important new term is “Sea Pollution”, which (at Petroleum Law Art. 1) is defined broadly as:

“the appearance in the marine environment of materials, substances, energy, noise, vibrations, as well as the formation of different types of emanations [*e.g.*, radiation] and [magnetic or other] fields, causing or capable of causing harm to the health of people, marine bio-resources and ecosystems, or creating interference or causing or capable of causing harm or losses to people or legal entities that are carrying out lawful activity at sea or along the shore.”

Other terms now introduced and/or used more precisely are “Coastal Protected Zone” (a specially protected zone extending five kilometers inland from the coastline); and “Marine Protected Zone” or “Safety Zone” (a government-designated 500-meter buffer zone of protection around “Marine Structures” (platforms, artificial islands, etc.)).

The general standards of care, which may be difficult to understand and apply all together, now include:

-“Positive Practice of Development of Deposits” (revised in Petroleum Law Art. 1 — but not the analogous Subsoil Law section — to mean “generally accepted world practice ...”);

-the obligation to take “all necessary measures” to prevent accidents and other dangerous situations creating a threat to life or health of people or to the environment, or a threat of destruction of property, in the process of carrying out Petroleum Operations, “being governed by Positive Practice of Development of Deposits and [RK law]” (Petroleum Law Art. 30-2.1);

-“Best Practice of Marine Environmental Protection” (meaning “generally accepted international practice of conducting Petroleum Operations at sea, creating a maximally low level of Sea Pollution or wholly excluding Sea Pollution”);

-*strict liability*, regardless of fault, “for damage and losses caused to the environment and to natural persons or legal entities in the event of Sea Pollution directly or as a result of a rise in sea level following pollution of the Coastal Protected Zone” (Petroleum Art. 36-1.3; Subsoil Law Art. 48-1.2).

**b. Marine-area protection.** Plainly, the perceived need to protect the Caspian Sea and adjacent coastal areas in light of the current and impending major hydrocarbon development projects there and the rising level of this sea in recent years was the driving force for these amendments. (They will be applicable to project work affecting the Aral Sea and other internal waterways as well.) The above-noted definitions and standards of care, and a number of additional obligations, are applied here with great specificity (which may well encourage and assist adverse claims), if not with perfect clarity, or consistency.

Petroleum Law Art. 36-1 is the core new environmental provision. It directs the following:

-Contractors are to conduct petroleum operations at sea “such as not to be an obstacle for or cause harm to shipping, fisheries or other appropriate activity usually carried out in that particular area of the sea.” (At the same time, persons carrying out such other activities must observe the 500meter Safety Zone rules around Marine Structures.)

-Petroleum operations contractors must follow the Best Practice of Marine Environmental Protection Standard.

-As noted, strict liability is imposed for Sea Pollution (as broadly defined B see above).

-Petroleum operations contractors must develop, have approved and implement detailed programs for prevention of Sea Pollution in the event of accident, etc.

-If there is Sea Pollution despite the accident-prevention measures, contractors must take “all possible measures for elimination or reduction of the level [thereof], by all available means.”

-Contractors must provide, at their own expense, opportunities and transport for government-authorized inspectors regularly to inspect Marine Structures being used in petroleum operations.

-Special state permission must be obtained for the construction or placement of Marine Structures.

There are also these further new Petroleum Law permitting requirements and restrictions:

-special state permissions for any kind of drilling (whether for survey, exploration or production) and for gas injection, and obligations to have on hand adequate materials and procedures for clean-up of spills (Art. 36-2);

-special state permissions for construction and/or use of undersea oil and gas pipelines (Art. 36-3)<sup>16</sup>;

-prohibition of construction or use of petroleum storage facilities or reservoirs at sea, or of storage on Marine Structures with the exception of temporary storage (for no longer than 20 days) in connection with transport of such petroleum by tanker directly from the site (Art. 36-4);

-special state permission and requirements for construction and use of Marine Structures, observance of the Safety Zone around them, warning to third parties of their existence, disassembly/removal, etc. (Art. 36-5); and

-special insurance coverage requirements for risks associated with exploration and production operations at sea (Art. 55.3-1).

The Petroleum Law also restates at Art. 36-6, in terms virtually identical to those stated previously but perhaps insufficiently noted, strict requirements for “Discharge and Burial of Waste Associated With Petroleum Operations at Sea.” Discharge or burial of such waste is “prohibited,” and “[d]isposal of technical waters into the Sea may be carried out only with the permission and under the supervision of the state supervisory agencies, [and] on condition of their being cleaned to established normatives.” Hydrocarbon project contractors will want to consult carefully on the meaning and application of these rules with respect to drilling muds and cuttings, etc. — particularly in view of recent problems with the state authorities in Russia in this regard.

Perhaps inadvertently, the Amending Law failed to delete or revise pre-existing Art. 49 of the Petroleum Law (that being a cursory provision on petroleum operations at sea) in connection with enactment of the much more detailed new articles. This would be a harmless oversight except for the Art. 49 requirement of approval *by the President of Kazakhstan* for petroleum operations at sea. There are various ways

this provision might be dealt with by interpretation, but it could raise questions about proper authorization for offshore projects — and would best be clarified (or deleted) by further amendment.

**c. Coastal Protected Zone.** As is well known, the level of the Caspian Sea has risen dramatically over the past decades, perhaps due to natural geological (plate tectonic) forces in the sub-sea area. This phenomenon has caused the sea to “capture” a very large area of what used to be flat coastal plain in western Kazakhstan. And there has been real concern that pollution of coastal land areas in the course of petroleum operations could, with further such rise in the sea level, become more serious marine pollution. While the steady rise is actually reported to have ceased in the past few years, the lingering concern has spawned amendments to the Subsoil and Petroleum Laws (Arts. 481 and 309, respectively) to guard a newly established Coastal Protected Zone, which extends five kilometers inland from the sea (and which, presumably, would “migrate” in the future as the sea rises further or subsides).

Thus, subsoil development operations in these Zones must be conducted “so as to exclude or maximally reduce Sea Pollution in the event of rise in the level of the sea waters.” As noted, strict liability is imposed for damage to the environment or persons or companies for Sea Pollution as a result of Petroleum Operations in such a Zone and subsequent rise in sea level.<sup>17</sup>

As is the case for petroleum operations at sea, detailed programs for protection and cure of accidents must be developed, approved and implemented (Petroleum Law Art. 30-9.3), and in the event of Sea Pollution the contractor must take “all possible measures” for “elimination or reduction of the danger of consequences” by “all available means” (*id.* Art. 30-9.4). This last provision, regarding actual pollution of the sea from operations in the Coastal Protected Zone, could well be interpreted to apply not only upon a further rise in sea level into the Zone but also in the event of spillage or seepage of pollution from the Zone into the nearby sea at the existing level.

#### **10 Certain Other New or Revised Provisions**

The Amending Law has introduced other specific rules and changes into the two laws, a number of them under Subsoil Law Art. 64 (“Terms of Conducting Resource-Use Operations”) and Petroleum Law Art. 30 (“Terms of Conducting Petroleum Operations”) *et seq.* Some of these changes add burdens for investors, some are advantageous, and others are mixed. We only mention certain of them here:

**a. Commercial discovery.** An exploration contractor’s reporting and evaluation obligations upon discovery of a deposit that may be commercial are more clearly stated. On the other hand, it is also now expressly provided that such a contractor who makes a commercial

discovery has the exclusive right to obtain production rights, on the basis of direct negotiations (*i.e.*, without a tender). Subsoil Law Art. 64.1 and .2; Petroleum Law Arts. 30.4 and .5, 30-3.

**b. Work programs.** The requirements of establishing minimum and annual programs, in accordance with Kazakhstan law, are tightened. Subsoil Law Arts. 64.1, 64.3-1 *et seq.*; Petroleum Law Art. 30-1.

**c. Cost recovery.** These rules are tightened and sharpened somewhat as well. Both laws previously had provided simply that resource-use project costs could be recovered in accordance with the contract in the event of commercial discovery, and there is a brief governmental regulation on the subject. Now (i) Subsoil Law Art. 64.3 has added provisions barring recovery of costs that are “unjustifiably high,” do not accord with Positive Practice of Development of Deposits, or were incurred in connection with a violation of rules or norms established by law or contract; and (ii) new Art. 30-6 of the Petroleum Law adds some further restrictions as to timing and amount of cost recovery in hydrocarbon development projects and provides for carry-forward of unrecovered costs.

**d. Property ownership and transfer; related obligations.** Petroleum Law Art. 30-7 now provides: “Matters of transfer of rights of ownership of equipment and other property . . . used by the Contractor for carrying out Exploration and Production, as well as compensation for such transfer, shall be determined in the Contract.” Art. 30-7.2 and .3 then provide that, despite any transfer of rights to the State, unless otherwise provided by contract the contractor retains the obligation to disassemble and/or remove such property from the contract territory, at its own expense and by safe and effective means, upon demand by the proper government authorities.

**e. Gas deposit retention; mandatory sales.** New Art. 30-4 of the Petroleum Law sets forth some helpful principles but then circumscribes their use. It is first stated that exploration and production of a commercial deposit of natural gas must proceed apace, unless otherwise provided by contract. Then it is provided that (i) state authorities may not require commencement of production of such a deposit until appropriate agreements of sale are executed, and (ii) unless otherwise provided by the contract, the term of the development contract is tolled pending execution of sale agreements. However, if such a sale agreement has not been executed within a year of commercial discovery, the State may demand execution of such agreement with designated third parties B and if the contractor and designated third party cannot come to agreement the matter may be resolved “by judicial means.”

**f. Flaring of gas.** Petroleum Law Art. 305 sets a general requirement of a contractor’s obtaining advance written permission for flaring of



associated or natural gas in connection with exploration or production operations, with the exception of certain cases of necessity (in which cases notice must be given and approval then obtained).

**g. Unitary field development; joint operations.** New Petroleum Law Art. 31 spells out procedures and requirements in the event that one contractor's deposit is found to extend beyond the contract territory and/or to merge into a deposit in another contractor's territory. The options, depending on the precise circumstances, include redefinition of the contract territory, transfer of rights from one contractor to another, or execution of a joint operating agreement for the exploration and production work. In the event voluntary agreement is not reached, the Competent Agency may force the conclusion of such an agreement for joint development "by judicial means" if necessary. It is stated generally that contractors carrying out joint exploration and production "bear joint and several liability for fulfillment of the obligations imposed on them in the Contract as well as by [the applicable work programs]." This latter provision (Art. 31.5) will likely be interpreted to apply not only in the event of subsequent agreement on joint activities under Art. 31, but in all cases of joint operation by an unincorporated consortium. (*See also* Subsoil Law Art. 13.4-1.)

**h. Easements.** The concept of easements (servitudes), initially introduced into Kazakh law by the Land Code in 1995, is expressly applied in the subsoil-use context. (Subsoil Law Arts. 1.25-1, 11-2.) An easement may be granted to one person, to provide him with justified limited right of use of or access across another person's subsoil plot, by the state agency for use and protection of the subsoil (the Ministry of Natural Resources and Environmental Protection) "by agreement with" such other person and the Competent Agency. Further restrictions and procedures are stated.

### III Sanctity of Existing Licenses and Contracts

The matter of stabilization of the legal regime governing existing resource development projects is quite important. All the more so given the major changes in law that have just occurred. But the analysis of stabilization in a generalized manner is difficult, because of all the possible aspects and permutations of particular projects and the delicate interaction among relevant legal provisions. Here we only set forth the basic components of analysis under current Kazakhstan law.

At bottom, one must keep in mind that any article of law that grants stabilization, "grandfathering" or similar protection to pre-existing contracts cannot be relied on fully — because it may be altered or rescinded by the national legislature at any time. (Indeed, there has already been some such narrowing of the stabilization provisions in

Kazakh law over the past few years, as pointed out below.) Thus, it is always wise practice to buttress one's legal position with the strongest and most comprehensive possible stabilization provisions *in the investment contract itself*. That may provide the basis for a favorable arbitration ruling and award of damages regardless of any harmful legislative actions. (Of course, project-specific special legislation, presidential edicts and government decrees offering added stabilization protection may be of great help as well, where obtainable.)

**1 Provisions in the Amending, Subsoil, and Petroleum Laws.**

The Amending Law itself contains a stabilization provision (Art. 2.3), which states:

“All resource-use licenses issued up to the time of entry into force of this Law [*i.e.*, September 1, 1999] shall retain their effect until the expiration of their term, including extension, in accordance with [RK] legislation in force at the time of issuance of such licenses. With respect to suspension, revocation and termination of effect, as well as recognition of resource-use licenses as invalid, the provisions of [the Subsoil Law], without taking account of the changes and additions enacted in accordance with [the Amending Law], shall apply.”

This provision appears clearly to be aimed at calming concerns of all existing resource-use licenseholders, in the face of the Amending Law's elimination of licensing altogether.

This naturally raises the question: what about stabilization of all the present *contracts* that have existed alongside the licenses and that spell out investors' rights and obligations in detail? Expansion of Amending Law Art. 2.3. to cover contracts as well might have been an ideal way to reinforce this comfort; but we believe the matter of contract stabilization is covered adequately, if not perfectly, elsewhere in the Subsoil and Petroleum Laws — as well as in pertinent provisions of the Civil Code, the Foreign Investment Law and, with regard to taxation, the Tax Code.

The Subsoil Law and the Petroleum Law have virtually identical provisions in this regard. First, it is stated (and not changed by the Amending Law): “Licenses issued and Contracts entered into before entry into force of this [Law], as well as all associated acts of [RK] executive bodies, shall retain their effect.” (Subsoil Law Art. 73.2; Petroleum Law Art. 2.5.) This is directed at “grandfathering” the special terms contained in project licenses and contracts, and their associated special presidential edicts and government decrees, etc. — such as were issued to benefit TenghizChevroil — that predate enactment of the two laws (June 1995 for the Petroleum Law and January 1996 for the Subsoil Law).

Both laws, again in near identical language, also contain the

following helpful provision (albeit recently tightened by the Amending Law, as shown here in italics):

*“The [resource-user] shall be guaranteed the protection of its rights in accordance with law. All changes and additions to legislation that worsen the position of the [resource-user] shall not apply to Contracts entered into before such changes and amendments. The guarantees established by this article shall not extend to changes in [RK] legislation in the areas of national defense and national security, environmental protection and public health.”*

(Subsoil Law Art. 71; Petroleum Law Art. 57.) Note that this provision expressly had covered licenses as well — until the Amending Law, having its own Art. 2.3 regarding pre-existing licenses, deleted the word “Licenses” here.

This adds protection for the more recent contracts entered into since the two laws came into effect — but now the protection exists only as narrowed by the Amending Law language italicized above, which carves out amendments of law on defense, security, the environment and health from stabilization.

This provision as it now stands may be of real importance in view of the strengthened environmental protection requirements just introduced by the Amending Law (*see* Section 11.9. above). It appears to us that these Amending Law changes (on the environment, etc.) likely *would*, because of the applicable carve-out, be interpreted to apply to post-1995 contracts that are otherwise stabilized, although argument could be made to the contrary. There is then the further important interpretative question of whether this carve-out will apply even to the grandfathered pre-1995/96 contracts. Here

again, given the existing and newly reinforced statutory constraints on stabilization protection, the Government likely will now take the position that the recent environmental law changes — and any future environmental, public health and national security changes in law — will apply even to those oldest contracts.<sup>18</sup>

## **2 Foreign Investment Law Provisions**

In any event, this environmental-law carve-out conforms to very similar language within the stabilization article (Art. 6, “Guarantees from Change in Legislation”) of Kazakhstan’s Law on Foreign Investment, dated December 27, 1994, as amended (the “FIL”), which article can and should also be relied on by some hydrocarbon and other mineral-resource project investors. *See, e.g.*, Subsoil Law Art. 4.4. (Normally the FIL would be understood, without question, to protect foreign investors in Kazakhstan PSAs. However, a recent amendment to the FIL casts that “easy” conclusion into some doubt.<sup>19</sup>)

FIL Art. 6.1 initially states the broad guarantee that is accorded to foreign investors:

“In the event of a worsening of the position of a foreign investor as a result of changes in legislation and/or entry into force and/or changes in the terms of international agreements [*i.e.*, treaties], the legislation in effect at the time of the making of the investment shall apply for 10 years, and for investments being carried out under long-term (greater than 10 years) contracts with authorized state agencies — to the end of the term of the contract, unless otherwise provided by the contract.”<sup>20</sup>

FIL Art. 6.3 then states a carve-out from stabilization protection nearly identical but slightly broader in terms than that just added to the Subsoil and Petroleum Law — covering amendments to law “in the areas of national defense, national security, environmental protection, public health *and morals*” (emphasis added). Art. 6.3 goes on to provide:

“In the event of a change in legislation worsening the position of a foreign investor in these areas, the foreign investor shall be paid prompt, adequate and effective compensation in the currency of the investment or in a foreign currency determined by agreement of the foreign investor and the [RK].”

While there is no such change-of-law compensation provision in the Subsoil or Petroleum Laws, this FIL provision should be applicable to resource-use projects (subject to the above-stated caution regarding PSAs and the recent FIL amendments). It is best, in any event, to include such a provision in the contract itself.

Moreover, the RK Supreme Soviet decree that accompanied enactment of the FIL expressly gave retroactive force to FIL Article 6. It states: “Article 6 of the Law applies to legal relations that arose prior to the Law’s entry into force.”<sup>21</sup> This provision serves to confirm that all foreign investors, as covered by the FIL, already were subject to an environmental-law carveout from stabilization protection; thus, there would be nothing remarkable in understanding the similar Subsoil Law and Petroleum Law carveouts to apply retroactively as well.

### 3 The Civil Code

As noted above, the RK Civil Code, which is Kazakhstan’s fundamental act of civil law, affords additional support for the stabilization of resource-use contracts. Article 383 provides:

“1. A contract shall comply with rules that are mandatory for the parties as established by legislation (imperative norms) in effect at the time the contract is entered into.”

“2. If, after a contract is entered into, there shall be established by legislation rules that are mandatory for the parties, other than those that were in effect upon the contract being entered into, the terms of such contract shall retain their force, except in cases where legislation

establishes that its effect shall extend to relations arising from contracts previously entered into.”

This basic civil-law rule for contracts certainly applies to resource-use contracts entered into with RK government agencies. See Civil Code Art. 111; see also Subsoil Law Art. 4.3, which confirms that “civil-law relations associated with the right of resource use shall be regulated by the norms of civil legislation, unless they are regulated by norms of this [Law].” And note that the above-quoted Civil Code Art. 383.2 does allow for retroactive application of a new law B but only if said law expressly so provides. This provision, taken together with the final caveat of Subsoil Law Art. 4.3 as well as Subsoil Law Art. 73.1, FIL Art. 6 and the FIL Implementing Decree (see above), further tends to underscore the case for application of the newly-introduced Subsoil and Petroleum Law stabilization carve-out for changes in defense, environmental or health-related law to previously concluded resource-use contracts.

#### 4 Tax Stabilization

Stabilization and grandfathering protection from changes in tax legislation for resource development contracts entered into at various points over the past years is another matter of crucial importance, which has been the subject of much attention and a series of amendments to the RK Tax Code.” Of course the Tax Code has its self-contained provisions setting forth the regime of taxation and related payments for resource projects (Chapter 21, Arts. 94 *et seq.*). Here we will only note the Tax Code’s own stabilization terms.

The generally applicable provisions are Arts. 94.2 and 94.3.1, which should be read together. They establish (i) that a resource-contract tax regime must be in accord with the tax law in effect at the time the contract is entered into, and (ii) such contract tax regime (as approved by state tax expert review) shall be stabilized through the end of the contract term B unless there is mutual agreement to changes that do not alter the balance of initial economic positions of the parties.<sup>23</sup>

There is also Tax Code Art. 179.4, covering the grandfathered pre-1996 project contracts. It states that:

“tax provisions contained in contracts . . . entered into before January 1, 1996, as well as in contracts . . . entered into after the date in furtherance of earlier executed contracts with [the same] resource user, and in contracts . . . that passed through mandatory tax expert review [before that date but] executed after January 1, 1996, shall be preserved and be in effect for the full contemplated term of their existence.”

Note, finally, Tax Code Art. 2.4, which establishes that exemptions from or reductions of any taxes established in the Tax Code may be

adopted only by (i) amendment to the Tax Code itself, or (ii) a contract with the RK State Agency on Investment

(under a special legal mechanism that by current law is not applicable to mineral development projects). This statement of law, like some of the others noted above, helps to fuel the difficult questions as to the intended interaction among the various stabilization provisions for different purposes.<sup>24</sup>

#### 5 Further Considerations

Once it is determined that the terms of a contract (and/or license) are entitled to stabilization such that the laws and regulations as of a certain date remain applicable in “frozen” form without regard to subsequent changes, there will still be difficulties. First, even if the Government is willing to honor this commitment, it will not always be easy to disentangle and isolate those old rules for application — particularly bearing in mind that both unhelpful and helpful amendments may have been introduced and be bound together in “packages”, and that some areas of amendment (environmental protection, etc.) are carved out from grandfathering protection. Further, if the Government has changed the law and is *not* willing to honor its stabilization commitment to particular investors, an arbitral tribunal is unlikely to order Kazakhstan, as a sovereign nation, to refrain from applying new law; the most one should reasonably hope for in this circumstance is an award of compensatory damages.

Note finally the Petroleum Law provision (Art. 2.4) that precedence shall be given to terms of treaties (to which Kazakhstan is a party) that differ from the Petroleum Law’s own terms. To the same effect, see Constitution Art. 43, Civil Code Art. 3.8, and FIL Art. 3.4. There are no express stabilization provisions in any pertinent treaties of which we are aware (*e.g.*, the Energy Charter Treaty, or the Kazakhstan-United States Bilateral Investment Treaty).<sup>25</sup> However, the Energy Charter Treaty, which by and large concerns transportation issues, may work to effect some favorable departures for investors from Kazakh law now or in the future, to the extent that its substantive terms differ from those of national law. (As noted above, this treaty has already been ratified by Kazakhstan and thirty-nine other countries, and is in effect for those countries.) Other treaties may also be of help in this way in the future.

---

<sup>24</sup> Professor Basin is Distinguished Research Scholar of the Republic of Kazakhstan, chaired the Civil Law Department at Kazakhstan State University for over twenty years, was recently awarded the “Kurmet” Presidential Medal for outstanding service toward the development of Kazakh law, and is senior partner/consultant with the Aequitas Law Firm in Almaty. Dr. Chentsova is managing partner of the Aequitas Law Firm.

Mr. Hines is a partner in the law firm “LeBof, Lam, Green & McRey” in New-York and Moscow. Both Professor Basin and Dr. Chentsova have served on several Kazakhstan government-appointed drafting commissions in recent years, and Prof. Basin reviewed and commented for the Government on drafts of the amendments to law that are the subject of this article. The authors gratefully acknowledge the assistance of Angelika V. Tsareva, an associate with Aequitas, and Dmitri A. Tartakovsky, a legal assistant with Debevoise & Plimpton, in the preparation of this article. The view expressed herein are the authors’ only and may not be ascribed to any client served by the authors’ law firms.

<sup>2</sup>The one exception from the general September 1, 1999 effectiveness date for the changes is that new Art. 55.3-1 of the Petroleum Law, regarding the types of insurance required to be carried by contractors conducting exploration and/or production of offshore deposits, comes into effect on January 1, 2000. (Amending Law Art. 2.2) Contractors are thus being given a bit more time to comply with the new insurance coverage requirements.

<sup>3</sup>There is no readily available official legislative history — at least, none that we have yet seen. Of some interest in this regard is an article by N. Damitov of the RK State Agency on Investment and A. Mukhamedzhanov that appeared in the Almaty weekly business newspaper Panorama, Nos. 20 and 21, May 1999, entitled, “Agency on Investment Has Developed Draft Law That Contemplates Introduction of Contract-Permission System of Granting Resource-Use Rights.” That Agency was the initiator and lead drafter of the Amending Law.

<sup>4</sup>Edict of the President having the force of law, On State Regulation of Relationships Connected With Precious Metals and Gemstones, No. 2372, July 20, 1995, was another such special law governing another category of subsoil resources, but it was rescinded in 1998. Various governmental decrees still operate, under the Subsoil Law, to regulate development of Kazakhstan’s gold and other precious metals resources.

<sup>5</sup>Edict of the President having the force of law, On Land, No. 2717, dated December 22, 1995, as amended.

<sup>6</sup>See Edict of the President having the force of law, On Licensing, No. 2200 dated April 17, 1995, as amended, Arts. 9.1 (11), (12), and (13); Amending Law Art. 1.3; and Petroleum Law Chapter 61, Arts. 361 *et seq.*

<sup>7</sup>Succinctly stated, the analysis would be as follows:

-In Kazakhstan the subsoil, and resources therein, are the property of the Republic (*i.e.*, the State — *Gosudarstvo*). RK Constitution of August 30, 1995, as amended, Art. 6.3; Subsoil Law Art. 5.1; Petroleum Law Art. 3.1.

-The Government (*i.e.*, *Pravitel'stvo* — formerly referred to as the Cabinet of Ministers) carries out general executive authority for the Republic (Constitution Art. 64.1; Law on the Government dated December 18, 1995, as amended, Arts. 1 and 9(18)) and, more specifically, conducts “the management of the state subsoil reserves as an object of state property” (Subsoil Law Art. 7.1; *see also* Petroleum Law Art. 5.1).

-The Competent Agency appears to be acting under proper delegation of authority from the Government. Subsoil Law Arts. 1(5), 8.1 and 44.4; Petroleum Law Arts. 1 (definition of “Competent Agency”), 6.1 and 27.4; Government Decree No. 474 of April 26, 1999, as amended August 2, 1999.

-Civil-law analysis supports the same conclusion. Contract relations are, by definition, of a civil-law nature (Civil Code Arts. 1, 147 *et seq.* and 378 *et seq.*), and Subsoil Law Art. 4.3 expressly affirms that civil-law relations associated with subsoil use are governed by civil legislation (essentially, the Civil Code) except to the extent otherwise dictated in provisions of the Subsoil Law itself. Further, (i) under Civil Code Art. 111, the Republic may enter into civil-law relations (essentially, contracts), acting through agencies of state power and management (in this case, through the Government and, indirectly, the Competent Agency as empowered by the Government); and (ii) the

Republic is bound essentially by the same civil-law rules as apply to legal entities (*id.* Art. 114).

-As a consequence, the law also provides that the Republic should be liable B with the assets of the "state treasury" — for its own obligations, including the unlawful actions or inactions of state agencies and officials. *See* Civil Code Arts. 9.5 and 113; Foreign Investment Law Art. 9.2.

-Further support for this analysis may be found in certain international treaties which indicate that authorized state agencies are equated to the State (the "Party" to the treaty) in the context of resolution of investment disputes. *See, e.g.,* the Kazakhstan-United States Bilateral Investment Treaty of May 19, 1992, Art. VI.1, and the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States of March 18, 1965 (the "ICSID Convention" B signed but not yet ratified by Kazakhstan), Art. 25.

<sup>8</sup>Other existing National Companies include JSC Kaztransoil (which conducts transport of oil) and JSC Kazatomprom (which is involved in the atomic energy industry). There is currently no National Company having general jurisdiction over hard mineral development in Kazakhstan. (JSC Altynalmaz previously played such a role, but no longer has state ownership.)

The Privatization Program for the Years 1999-2000, as approved by Government Decree No. 683 dated June 2, 1999, contemplates preparation and issuance of further specific decrees regarding national companies — namely, Rules Regulating Operations of National Companies, Rules for Holding of Tender for Selection of Top Management of National Companies, and Rules for Decisionmaking on Behalf of the State as Shareholder.

<sup>9</sup>In the Amending Law drafting process there was a proposal to eliminate this Art. 53 and the confusion it causes in light of new Art. 83.1, but that did not happen.

<sup>10</sup>In our view, the letter of the law would support a hard mineral contractor's use of the PSA form if there were a desire to proceed in this way. *See* Subsoil Law Art. 42.2 (allowing "other forms of Contracts").

<sup>11</sup>*See, e.g.,* the provisions on cost recovery (Subsoil Law Art. 64.3 and Petroleum Law Art. 30-6), ownership of property and transfer thereof (Petroleum Law Art. 30-7), and retention of gas fields (Petroleum Law Art. 30-4). *See* Section II.10 below for further discussion of these and other miscellaneous new or revised provisions of the two laws. The amendments here are not fully helpful in all respects.

<sup>12</sup>It is likely that equipment and other goods would not be considered "produced in Kazakhstan" if they are merely imported by a newly formed local joint venture company from the foreign supplier partner, and sold (or resold) by the JV without any local value added. To be safely considered a "producer", the local JV should at least have an assembly if not an outright manufacturing function, and not act simply as a sales agent between a foreign supplier and Kazakhstan project contractors. Analogous caution should be observed with regard to provision of services through local JVs.

<sup>13</sup>The only exception, stated in Art. 53-1.3, is for hydrocarbon development projects being carried out along marine boundary areas at sea (*i.e.,* the Caspian or Aral Seas), where application of the other state's law is permitted if so provided for in a treaty (such as the Caspian Sea delineation treaty signed last year between Kazakhstan and Russia but evidently not yet ratified). Such a concession on applicable law for projects in these marine boundary zones may be useful in facilitating unitary field development in those areas.

<sup>14</sup>These articles of the Civil Code appear in Chapter 62 ("Conflicts Norms") within the so-called "Specific Part" of the Code which was recently enacted, as of July 1, 1999. The entire new Civil Code is now in force, and can be helpful in the analysis of various issues arising in connection with resource-use contracts — as we indicate at a number of points herein.



<sup>15</sup>Furthermore, the Foreign Investment, Subsoil, and Petroleum Laws now contain special provisions that except (*i.e.*, “carve out”) changes in environmental (and some other areas of) law from the general guarantee to investors of stabilization “immunity” from application of changes in law — and such changes in environmental law may even have retroactive effect. See the further discussion at Sections III.1 and .2 below.

<sup>16</sup>Note, in addition, the existing (and remaining) Chapter 8, Arts. 42 - 45 of the Petroleum Law, on “Trunk Pipeline Transportation.” The law there provides, among other things, for non-interference by local authorities in the operation of these pipelines, and for pipeline owners (including private owners) to accept product from third parties for shipment in the event of spare capacity. Also, various provisions of the Energy Charter Treaty could be pertinent for the operation of pipelines in Kazakhstan. (Kazakhstan has ratified the Treaty and it is now in effect among those 40 nations — *not* including Russia or the United States B that have ratified it to date.)

<sup>17</sup>We note that Petroleum Law Art. 30-9.2, the provision regarding liability for pollution of the Coastal Protected Zone, does not include the formal phrase that in Russian makes clear the same “strict liability” meaning that is expressly stated in the parallel Subsoil Law Art. 48-1.2. We guess that this omission was inadvertent, although one could try to argue otherwise.

<sup>18</sup>Further clouding the analysis is Subsoil Law Art. 73.1, which provides (unaffected by the Amending Law): “This [Law] shall apply to resource-use relations and other legal relations arising after its entry into force. With regard to [such] relations arising before its entry into force, this [Law] shall apply to those rights and obligations that have arisen after its entry into force.”

While its scope of application in practice is hard to predict, this provision could lend added support to the view that even the earliest “grandfathered” investors have at least to abide by unfavorable changes in the Subsoil Law (*e.g.*, tightened rules for environmental clean-up) that affect matters that had not yet arisen in the project until after the new Law was in place.

<sup>19</sup>Art. 1 of the FIL underwent a set of amendments in August 1999, evidently intended to extend the benefits of the law to Kazakh companies having foreign shareholdings (*e.g.*, foreign investors’ local subsidiaries). One of the changes was the specification of a new definition for “foreign investment” (such investments being the object of the protection afforded by all of the guarantees contained in the law, including Art. 6, as follows: “Investments carried out in the form of participation in the charter capital of [RK] legal entities, as well as the granting of loans (credits) to [RK] legal entities with respect to which foreign investors have the right to determine decisions.”

Thus, except in cases where one or more foreign companies pursue their Kazakh PSA investment through a locally-incorporated legal entity (which is not the required or common approach), a PSA investment could well *not* satisfy this new definition of “foreign investment”. One assumes that this result is inadvertent, but the analysis would appear to be the correct one under the current literal language of the law.

<sup>20</sup>FIL Art. 6.1 then also provides that in the event of an *improvement* of the foreign investor’s position due to such change in law or treaty, “particular provisions of contracts between a foreign investor and an authorized state agency representing the Republic may be amended by mutual agreement of the parties, with the goal of achieving a balance of economic interests of the participants.” (Note that this procedure is stated to be *voluntary*, although we suppose that the Government would cite this provision and apply pressure for amendment, either directly or through a judicial proceeding, should the right circumstances arise.)

Art. 6.2 clarifies that the main Art. 6.1 guarantee of stability in the event of deterioration in the investor’s position extends for the full term of the applicable license

including extensions, in cases where the investment is made on the basis of a license. This provision would no longer be pertinent for new resource-use projects, but does further buttress the stabilized position of pre-existing licensed projects.

<sup>21</sup>RK Supreme Soviet Decree dated December 27, 1994, as amended March 3, 1995 (the "FIL Implementing Decree"), para. 2.

<sup>22</sup>Edict of the President having the force of law, On Taxes and Other Mandatory Payments into the Budget, No. 2235, dated April 24, 1995, as amended most recently on March 31, 1999.

<sup>23</sup>Art. 94.2 (second para.) adds that, in the event of execution of a new contract with the same user or its successor, in furtherance of an existing contract [*e.g.*, a contract for the next stage of activity at the same field], the tax regime established in the initial contract shall continue to apply only to the extent expressly so provided therein.

<sup>24</sup>For further discussion on this subject, see M. K. Suleimenov and Y. G. Basin, eds., Commentaries on the Civil Code of the Republic of Kazakhstan (General Part), Volume 2, Art. 383, at 311-15 (Almaty 1998). See also A. T. Kenjebaeva, "The Issues of Stabilization and Grandfathering of Licenses and Contracts in the Context of the New Subsoil Amendments," paper presented at the 7<sup>th</sup> Annual Kazakhstan International Oil and Gas Conference (KIOGE), October 6, 1999. (Ms. Kenjebaeva raises some interesting questions as to possible interpretation and application of Amending Law Art. 2.3, although we do not agree with all of her analysis and conclusions.)

<sup>25</sup>The Energy Charter Treaty, at Article 10, merely directs in general terms that the Contracting Party States shall create "stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors," that Investments shall enjoy "the most constant protection and security . . .," and that each Contracting Party shall "observe any obligations it has entered into." (Art. 10(1)) There is also a requirement to accord Investors most-favored-nation or national treatment, whichever is the most favorable. (Art. 10(3))

Almata — New-York — Moscow

*The article was received by the Editorial Office in December 1999.*