

Subsoil and Subsoil Use Legislation: History and New Concept

Законодательство о недрах и недропользовании: история вопроса и новая концепция

Olga Chentsova, Managing Partner, AEQUITAS Law Firm
Ольга Ченцова, Управляющий партнер Юридической фирмы «AEQUITAS»

Natalya Braynina, Partner, AEQUITAS Law Firm
Наталья Брайнина, Партнер Юридической фирмы «AEQUITAS»

A quality subsoil and subsoil use legislation is of strategic importance for Kazakhstan. Since the appearance of the first independent Kazakhstan's regulatory acts governing subsoil use relations and until nowadays, this legislation has undergone a huge number of changes, both conceptual and less important. It was especially feverish in recent years. Amendments adopted in December 2014 have perceptibly changed the situation and for the first time over the past 15 years there appeared a trend towards liberalization of legislation regulating the country's pivotal industry.

At the moment, Kazakhstan is considering the possibility to adopt

the Subsoil and Subsoil Use Code (hereinafter, the Code). The Draft Code Concept has been prepared involving experts from the KazEnergy Association, Kazakhstan Petroleum Lawyers' Association (KPLA), Association of Mining and Metallurgical Enterprises (AMME) and employees of the profile ministries. As of today, the Concept of June 2015 presented by the RK Ministry of Investment and Development is available in the Paragraph Information System.

Based on the Concept analysis, one can expect that the Code, if adopted, will significantly change the legal regime of subsoil use in the country, such changes even likely to



Olga Chentsova
Ольга Ченцова

come up to investors' expectations. Hopefully, the process of this legislative act development and adoption will maximally take account of all the amassed experience and embody the idea of establishing a subsoil use legal regime to ensure the balance of investors' and state's interests.

Pending another global change in the existing legal regulation, we deemed it appropriate to turn to the history of Kazakhstan subsoil legislation development and, based on this analysis, think about what was positive in the regulation existing over the past 20 years, what triggered the dwindling of investment into the mining and oil sectors of Kazakhstan and what legislative changes would allow expecting an inflow of investment.

1. Brief Overview of the Kazakh Subsoil Legislation History

Kazakhstan lawyers adhere to different approaches to the periodization of Kazakh subsoil legislation, applying different delimitation criteria.¹ In this article, we are offering our outlook on the stages of subsoil legislation development during



¹ For instance, Zh. S. Yelyubayev identifies three periods of development of the Kazakh subsoil law "through the prism of the country's three periods of development: Kazakhstan in the composition of the Russian Empire, the Soviet period and the period after the collapse of the USSR (the contemporary history of Kazakhstan)." Zh. Yelyubayev. *Issues of Subsoil Use Legal Regulation: Domestic Experience and Foreign Practice*. Almaty: Koleso Publishing House, 2010, p. 72.

B. Zh. Abdraim considers 9 stages of the Kazakh subsoil law development, proceeding from the criterion of a certain result of the legislation framework development. Abdraim, B. Zh. "History and Main Stages of Kazakhstan Subsoil Law Development." *Neft, Gaz i Pravo Kazakhstana* magazine, No. 4, 2014.



Natalya Braynina
Наталья Брайнина

the independent Kazakhstan's modern history.

The analysis allows for provisionally identifying as follows: stage I – 1990–1994; stage II – 1994–1999; stage III – 1999–2004; and stage IV – from 2004 through 2014². We believe that starting December 2014, after the changes that ushered subsoil legislation liberalization, began the next, stage V, of its development, during which it is expected to draft and adopt the Subsoil and Subsoil Use Code on the basis of the Concept. In summary, the said stages may be characterized as follows.

Stage I (1990–1994) – beginning of formation of the special subsoil use legislation in Kazakhstan – associated with the adoption of one of the first laws in this area – Code on Subsoil and Mineral Raw Processing dated 30 May 1992. It is considered that the 1992 Code laid the country's subsoil use fundamentals. However, very soon not just the Code's numerous gaps and contradictions came to light, but also its ideological concept's inadaptability to the new economic conditions.

In 1993–1994, the RK Ministry of Geology and Subsoil Protection prepared two options of a Concept to manage and govern subsoil use and subsoil protection in the country. An intense law-making work was launched to regulate the relations pertinent to different subsoil use aspects. However, the regulatory acts being adopted by the President and the Government were pretty concise and regulated but the isolated subsoil use issues, only the licensing matters being fairly well detailed.

² Please see more on the first stages in: AEQUITAS Law Firm. "Rules of the Game in Subsoil Use. History and Trends of the National Industry Legislation Development." *Neftegazovaya Vertikal* magazine, No. 20 (221), October 2009.

Despite the evident deficiency of the legislative framework available at that period, foreign investors still started investing in the mining and oil projects. It is at that time that the country's pivotal project, Tengizchevroil, was launched and is being successfully implemented until nowadays.

Stage II (1994–1999) – the Kazakh legislation embracing all key areas of subsoil use. The beginning of this stage may be time-linked to the adoption of the two laws most important at that time – Petroleum Law of 28 June 1995 and Subsoil Law of 27 January 1996. In furtherance of these laws, in 1996, 1997 and 1998, the Government adopted a whole number of different-vector decrees.

At the time of its adoption, the Subsoil Law was well-distinguished by its logical structure (with a few exceptions), a number of progressive norms (for example, that on the pledge of subsoil use right) and appropriate, for an act of such level, detailing. Unfortunately, the Petroleum Law and the Subsoil Law practically did not regulate the relations after contract execution, including at the stage of the field preparation for production and at the state of production (for comparison, the 1992 Code did contain some of such provisions).

From the legal concept perspective, the key provisions of the Subsoil Law were those relating to the licensing-and-contract system of subsoil use; the exploration license holder's exclusive right to obtain, in case of commercial discovery, the production license; stabilization provisions pursuant to which amendments to legislation aggravating subsoil user's position were not to apply to licenses and contracts issued and entered into prior to such amendments. Subsoil use right was obtainable both based on investment programs competitive tender, and on direct negotiations, for any group of persons.

That is, at that stage, the regime of subsoil use in Kazakhstan was fairly liberal and investor-oriented. Moreover, starting 1990, Kazakhstan was actively forming the system of new economic legislation, including corporate, banking, currency, land, foreign investment, etc., creating the legal regime for subsoil use in general. On 27 December 1994, the new General Part of the RK Civil Code was adopted. Kazakhstan acceded to a number of international economic conventions, including Energy Charter Treaty.

The formed legal regime allowed for attracting a significant amount of investments into the oil and mining sectors of the country. Invest-

tors took very positive the state's efforts to establish the "most investment-favorable regime" and started acquiring assets to conduct subsoil use, and subsoil use rights proper, including through privatization.

For instance, this period witnessed privatization of Yuzhneftegaz JSC (currently PetroKazakhstan JSC) the acquirer being the Canada-based Hurricane Kumkol Limited, which also acquired participation interests in the Yuzhneftegaz's joint ventures – Kazgermunai and Turgai Petroleum. Privatized was Ekibastuz SJSC, which encompassed the unique Bogatyr open-cast coal mine. As a result of privatization, the investors and the state entered into a number of contracts for oil exploration and production at Kyzylkiya, Arys-kum, Maybulak and South Kumkol fields, and for coal extraction at the Ekibastuz deposit within the Bogatyr, Vostochny and Severny opencast mines.

During the same time, a number of contracts for the exploration and/or production of different minerals were concluded, both via direct negotiations and through tenders.

Stage III (1999–2004) – transfer from the licensing-and-contract system to the contract system of subsoil use and commencement of its regime toughening. On 11 August 1999, Kazakhstan adopted a law that gave rise to a number of conceptual amendments to the Subsoil Law and Petroleum Law.

The most important novelty of the 1999 Law was the transfer from the licensing-and-contract system of subsoil use right granting to the contract system, which enabled not only streamlining the process of obtaining and further exercise of the subsoil use right based on a subsoil use contract, but also focusing on the latter's contractual nature.

Practice showed that the most important matters in the field of subsoil use remained completely or substantially unregulated, which the 1999 Law did accomplish, one way or another (for instance, introducing regulations in respect of environmental protection and offshore resources development). Besides, the two fundamental laws were to a larger extent mutually coordinated.

The 1999 amendments marked the beginning of the process of toughening the subsoil use legal regime, which lasted until December 2014. For example, a general rule was established to obtain the subsoil use right based on tender results, with just a few exceptions therefrom; a definition of the National Company was provided establishing its privileged status; tougher requirements to the acquisition of local goods, work and ser-

vices were introduced, establishing the rule to acquire these on the basis of tenders, etc.

The novelties found their reflection in the updated versions of many subordinate regulatory acts addressing specific aspects of subsoil use.

Stage IV (2004–2014) – regular changes in the subsoil and petroleum legislation generally aimed at further toughening of the subsoil use regime. The year 2004 ushered a new stage of the subsoil and petroleum legislation formation, which lasted until December 2014 and was characterized by regular and frequent legislative amendments and general toughening of the subsoil use regime.

Major legislative solutions included, among others, adoption in 2005 and abolition in 2009 of the Law on Production Sharing Agreements in Offshore Petroleum Operations, and abolition in 2010 of the 1996 Subsoil Law and the 1995 Petroleum Law, which were replaced by the new Law on Subsoil and Subsoil Use, dated 24 June 2010, incorporating the slightly revised provisions from the Petroleum Law.

The 2010 Law had largely imbued the provisions contained in its predecessor legislative acts, the most important being preservation of the contract system of subsoil use. Adoption of that Law never changed the course towards establishment of the regime of permitted state's interference in the economic activities of subsoil user companies and their subcontractors, which can be provisionally called a "regime lacking protection and support of investment into Kazakhstan's oil and mining industries." The same was sustained by the provisions of other, most vividly – the environmental and taxation, legislative acts.

The Law contained lots of regulations forming unfavorable legal regime for long-term investments: handicapped, as compared to the original, guarantees of subsoil use contract stabilization regime, including absence of taxation stabilization regime; norms governing unilateral termination of contracts by the competent authority (especially in respect of strategic importance fields/deposits); a broad range of subsoil user's obligations, including to finance the social sphere, R&D, etc.; and local content and procurement requirements. The system of environmental charges and fines, as established by the environmental and tax legislation, in some cases brought about the amount of impossible property liability reaching the value of the entire business. Most of these regulations are still in effect nowadays.

Adoption of the 2010 Subsoil Law also failed to stop the process of uncontrolled law-making intended to adjust it. A logical question arising as a result was: should one invest in a country where the basic law was amended 25 times over the 5 years of its being in effect, the amendments mostly being of material nature? All the more, the subsoil use subordinate regulations would require a specially-designated individual to trace, because their quantity and amendments were beyond any reasonable control. For instance, after the competences of governmental agencies exercising state regulation in the subsoil use area had been re-distributed in September and December 2014, an array of powers was transferred from the RK Government to the competent authority. As a result, we are witnessing the process of cancellation of the subordinate regulatory acts earlier adopted by the Government and their re-adoption by the relevant competent authority.

Stage V (2014 and further) beginning of subsoil legislation liberalization and its proposed codification

Given the arising problems with replenishment of the country's mineral resources base, necessity to prospect and explore for the new deposits and attract new investments, the state, for the first time in years, decided to somewhat liberalize the legislation in December 2014.

As a result of the amendments, the sphere of the state's preemptive right application has been limited to contracts at deposits and subsoil sections of strategic importance only; the two-year moratorium on the transfer of subsoil use right has been limited to the contracts for hydrocarbons production, exploration and combined exploration and production; a possibility has been provided for to hold competitive bidding for subsoil use right not only in the tender, but also in the auction format (which, by its procedure and timeframes, is a simpler form of competitive bidding); a streamlined procedure for obtaining the right to exploration at poorly prospected subsoil sections has been established, such sections not to exceed ten blocks each equal to one minute in the geographic system of coordinates, with entering into the model exploration contract, etc. However, in the current situation, this is not enough.

The next step on the way to create a favorable investment environment should be adoption of the Subsoil and Subsoil Use Code.

2. The New Subsoil Code Concept – Will the Investors' Expectations be Met?

Prerequisites for the Code Development and Adoption. To

substantiate the need to adopt the Code, the Concept developers put forward a number of strong arguments, including the fact that the current Kazakhstan's subsoil legislation is segmental, contains lots of indistinct provisions covering key issues, while being at the same time extremely overregulated, leaving the subsoil user no opportunity to make prompt and effective decisions regarding its production activities, difficult for investor's apprehension and subject to frequent changes³. But most importantly, it does not conform to the phase of economic development the subsoil use is at, because it has been intended to regulate the relations in the process of development of earlier discovered fields/deposits, while now the key objective is to prospect and explore for the new ones.

We would add from ourselves that the subsoil legislation and environmental legislation are so repressive nowadays, that they pose incessant threat of bankruptcy or loss of business to the subsoil user, which, naturally, scares investors off.

General Evaluation of the Concept. The Concept, as of today, contains a whole number of provisions, which could be evaluated as definitely desirable for investors. But some proposals – for instance, those to replace the exploration contract by license – are quite disputable.

However, in general, one can assert that, if the adopted Code assumes the key Concept's provisions, it would be a qualitatively new legislative act, as compared to the current Subsoil Law. Ideally, the Code, if adopted, will change the methods of, and approaches to, the state administration of the industry, reducing the instances of applying the administrative-and-command method in its regulation; it will guarantee the stabilization regime for contracts and legislation applicable thereto, including tax stability; ensure open access to geological information for all potential investors; make the conditions of granting the right to exploration and its implementation more attrac-

³ We have been continually looking into the problems of Kazakh subsoil legislation at different stages of its development. For instance, please see: Chentsova, O. I. *New Subsoil Law of the Republic of Kazakhstan: New Regulations and New Issues*, *Petroleum magazine*, 2010, No. 5; Chentsova, O. I., Braynina N. V. *Latest Amendments to the Kazakh Subsoil and Petroleum Legislation*, *Nedropolzovanie i Pravo magazine*, 2005, No. 2; Bassin Yu., Chentsova O., Hines Jonathan H. *Kazakhstan's Amended Legal Regime for Natural Resource Development: A Critical Analysis of the Key Changes*. *Columbia University, The Parker School Journal of East European Law*, 1998, Vol. 5, No. 4.

tive; also changing the conditions of granting the right to production and its implementation to become less onerous and risky for investors, etc.

The Concept is also proposed to revise legal regulation over a number of matters and establish new subsoil users' rights not envisaged by the current legislation. For example, it is proposed to completely change the approaches used in the course of preparation and approval of project documents; change the methodology and system of reserves calculation; change the legal status of national companies, stripping them of their privileges; provide for the possibility to conduct artisanal mining; provide for subsoil user's right to suspend exploration and production operations, for example, in connection with a significant drop in raw material prices to a limit that leads to production unprofitability, etc. If everything happens as planned, it will bring about almost an "investment heaven."

We did not purport to review and comment in this article on all issues set out in the Concept and have focused on what we deemed most crucial.

When evaluating the content of the Concept, one should not forget that the document has to go through the legislative procedure, from the Concept development to the Code adoption. The experience shows that adopted regulations may often significantly differ in their content and purport from what was planned. This is understandable, because a considerable portion of Kazakhstan's budget is formed by subsoil user taxes, including signature bonus, which the Concept developers propose not to collect at all; many state's social objectives are attained at the expense of payments under different subsoil user's financial obligations, for instance, social sphere development charges. Therefore, it is very likely that on its way to adoption the Code will face strong opposition on the part of governmental agencies, fiscal in the first instance.

A Law or a Code? The issue of whether to adopt specifically a Code, not a new Subsoil Law, has been discussed for quite a time, both from the perspective of legal theory, and from the practical standpoint. We do not claim that it will be specifically the Code, not the Law, which, if adopted, will magically resolve all the existing problems — this will depend on its content and application practice. Given the system of normative legal acts (NLAs) formed in Kazakhstan, adoption of the legislative act in the form of a Code will facilitate resolution of a number of issues, and here is why.

Codification of the subsoil legislation, if done with appropriate quality, will probably resolve the issue of contradictions between the legal acts of different level, provided that the adopted Code will contain clear-cut provisions regarding the area of its application and delimitation of coverage among the Codes in other branches of law. Occupying a higher than laws position in the hierarchy of NLAs, the Code will legally prevail over the laws and any normative legal acts hierarchically lower than the laws.

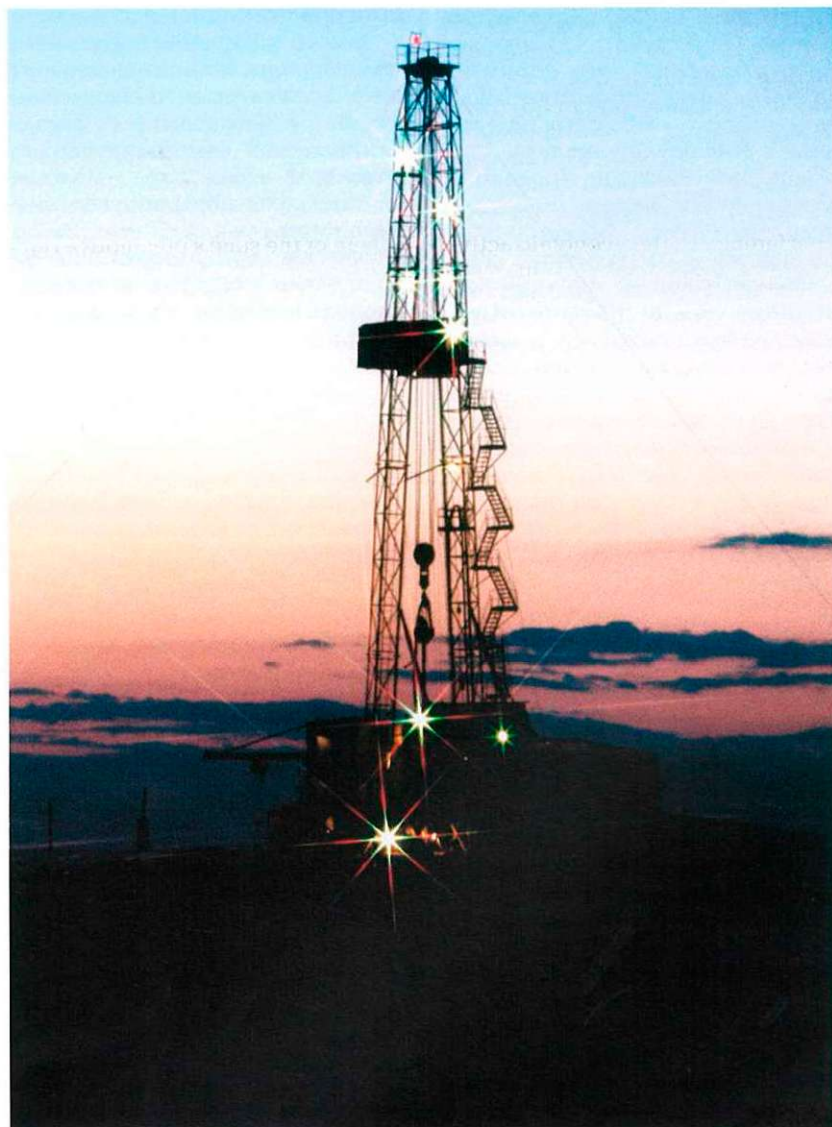
Practically all other branches of legislation governing the use of natural resources are codified (Kazakhstan has the Land, Forest and Water Codes). The recent years' codification rush yielded other Codes as well (for example, Environmental Code and Code on Public Health and Healthcare System). Relations arising in the subsoil use area are no less important and complicated, so, from this perspective, it would be logical to have them governed by a Code as well.

Codification would allow overcoming to some extent the fragmen-

tary nature of normative legal acts regulating relations in the subsoil use area, bringing the most crucial provisions of different legislative and subordinate acts together in one document. In our view, it will be impossible to get rid of all the "bylaws"; however, this is not necessary, because it is reasonable to have many procedural and methodological matters regulated by subordinate legislation, as this is the case with other areas of legislation where Codes are adopted.

According to the Concept developers, adoption of the Code will add leverage to ensuring the subsoil legislation stability, because Codes are amended under a more complex procedure via at least two readings and consecutive consideration in different sessions of the RK Parliament. In our view, this effect will be strengthened, if the rule to amend the Code not more than once a year (by analogy to the Tax Code amendment) is established legislatively. ■

To be continued in the next issue (October 2015)



Качественное законодательство Казахстана о недрах и недропользовании имеет стратегическое значение для республики. С момента появления первых нормативных правовых актов независимого Казахстана, регулирующих отношения в сфере недропользования, и до настоящего времени это законодательство претерпело огромное количество изменений, как концептуальных, так и менее значительных. Особенно его «лихорадило» в последние годы. Изменения, принятые в декабре 2014 года, в ощутимой степени поменяли ситуацию, и впервые за последние 15 лет наметилась тенденция либерализации законодательства, регулирующего важнейшую для страны отрасль.

В настоящее время в Казахстане рассматривается вопрос о возможности принятия Кодекса «О недрах и недропользовании» (далее — Кодекс). Подготовлена Концепция проекта Кодекса (далее — Концепция), к разработке которой привлекались эксперты Ассоциации «КазЭнерджи», Ассоциации юристов нефтегазовой отрасли Казахстана (KPLA), Ассоциации горнодобывающих и горно-металлургических предприятий (АГМП), сотрудники отраслевых министерств. На сегодняшний день в Информационной системе «Параграф» доступна Концепция, датированная июнем 2015 года, представленная Министерством по инвестициям и развитию РК.

Основываясь на анализе Концепции, можно предположить, что принятие Кодекса в значительной степени изменит правовой режим недропользования в стране, и даже возможно, что эти изменения оправдают ожидания инвесторов. Хотелось бы, чтобы при разработке и принятии этого законодательного акта удалось максимально учесть весь накопленный опыт и воплотить идею установления правового режима в недропользовании, обеспечивающего баланс интересов и инвесторов, и государства.

В преддверии очередного глобального изменения существующего правового регулирования мы посчитали уместным обратиться к вопросу истории развития казахстанского законодательства о недропользовании, и на основе такого анализа подумать о том, что было положительного в имевшемся на протяжении последних 20 лет регулировании, а что послужило причиной сокращения инвестиций в последние годы в горнорудную и нефтяную отрасли Казахстана, и какие законодательные изменения позво-

лят ожидать притока инвестиций.

1. Краткая история развития казахстанского законодательства о недрах

Среди юристов Казахстана существуют различные подходы к периодизации развития казахстанского законодательства о недрах с использованием различных разграничительных критериев.¹ В настоящей статье мы предлагаем наше видение этапов развития законодательства о недрах в период новейшей истории независимого Казахстана.

Анализ позволяет условно выделить: I этап — 1990-1994 гг.; II этап — 1994-1999 гг.; III этап — 1999-2004 гг.; IV этап — с 2004 по 2014 год². Полагаем, что с декабря 2014 года, после изменений, положивших начало либерализации законодательства о недропользовании, начался следующий, V этап его развития, в котором ожидается разработка и принятие Кодекса о недрах и недропользовании на основе Концепции. Кратко обозначенные этапы можно охарактеризовать следующим образом.

I этап (1990-1994 годы) — начало формирования специального законодательства о недропользовании в Казахстане — связан с принятием одного из первых законов в этой сфере — Кодекса о недрах и переработке минерального сырья от 30 мая 1992 г. Считается, что Кодекс 1992 года заложил правовую основу недропользования в стране. Однако очень скоро выявились не только его многочисленные пробелы

¹ Так, например, Ж. С. Елюбаев выделяет три периода развития казахстанского права о недрах «через призму трех периодов развития страны: периода пребывания Казахстана в составе российской империи, советского периода и периода после распада СССР (период новейшей истории Казахстана)». Елюбаев Ж. С. «Проблемы правового регулирования недропользования: отечественный опыт и зарубежная практика». Алматы, Печатный дом «Колесо», 2010 год, стр. 72.

Б. Ж. Абдраим рассматривает 9 этапов развития казахстанского права о недрах, основываясь на критерии определенного итога развития нормативно-правовой базы. Абдраим Б. Ж. «История и основные этапы развития казахстанского права о недрах». Журнал «Нефть, газ и право Казахстана», № 4, 2014 год.

² Подробнее о первых этапах смотрите: Юридическая фирма AEQUITAS. «Правила игры в недропользовании. История и тенденции развития национального отраслевого законодательства РК». Журнал «Нефтегазовая вертикаль», № 20 (221), октябрь 2009 г.

и противоречия, но и непригодность его идеологической концепции к новым экономическим условиям.

В 1993-1994 годы Министерством геологии и охраны недр РК готовятся два варианта Концепции управления и регулирования недропользованием и охраны недр в стране. Начинается интенсивная законодательная работа по урегулированию отношений, касающихся различных аспектов недропользования. Однако принимаемые президентом и правительством нормативные акты достаточно лаконичны и регулируют только отдельные вопросы недропользования, и только положения о лицензировании проработаны достаточно детально.

Невзирая на явную недостаточность имеющейся в этот период законодательной базы, иностранные инвесторы, тем не менее, начинают осуществлять инвестиции в горнорудные и нефтяные проекты. Именно в это время был запущен важнейший для страны проект «Тенгизшевройл», успешно реализуемый до настоящего времени.

II этап (1994-1999 годы) — охват казахстанским законодательством всех основных сфер недропользования. Начало этого этапа может быть приурочено к принятию двух самых важных на тот момент законов: Закона «О нефти» от 28 июня 1995 года и Закона «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г. В течение 1996, 1997, 1998 годов в их развитие принимается целая группа постановлений правительства разной направленности.

Закон «О недрах» на момент принятия отличался логичная структура (за отдельными исключениями), наличие ряда прогрессивных норм (например, о залоге права недропользователя) и достаточная для акта такого уровня детальность. К сожалению, Закон «О нефти» и Закон «О недрах» практически не регулировали отношения после заключения контракта, в том числе на стадии подготовки месторождения к добыче и на стадии добычи (для сравнения, Кодекс 1992 года содержал некоторые из таких положений).

Основными в Законе «О недрах», с точки зрения его правовой концепции, являлись положения о лицензионно-контрактной системе недропользования, об исключительном праве владельца лицензии на разведку в случае коммерческого обнаружения получить лицензию на добычу; стабилизационные положения, в соответствии с которыми изменения и дополнения законодатель-

ства, ухудшающие положение недропользователя, не применяются к лицензиям и контрактам, выданным и заключенным до таких изменений и дополнений. Допускалось получение права недропользования как на основе конкурса инвестиционных программ, так и на основе прямых переговоров для любого круга лиц.

То есть, на данном этапе режим недропользования в Казахстане был достаточно либерален и ориентирован на привлечение инвесторов. Кроме того, с 1990 года в Казахстане активно формируется система нового экономического законодательства, включая корпоративное, банковское, валютное, земельное, законодательство об иностранных инвестициях и т.д., создающая правовой режим для недропользования в целом. 27 декабря 1994 года принимается новая Общая часть Гражданского Кодекса РК. Казахстан присоединяется к ряду международных экономических конвенций, включая Договор к Энергетической Хартии.

Сформировавшийся правовой режим позволил привлечь значительный объем инвестиций в нефтяную и горнорудную отрасли страны. Инвесторы очень позитивно восприняли усилия государства по установлению «режима наибольшего благоприятствования для инвестора» и стали приобретать активы для осуществления недропользования в Казахстане и собственно право недропользования, в том числе путем приватизации.

В этот период, например, было приватизировано АО «Южнонефтегаз» (в настоящее время АО «ПетроКазахстан»), приобретателем стала канадская компания «Харрикейн Кумколь Лимитед», которая также приобретала доли участия в совместных предприятиях «Южнонефтегаза»: «Казгермунай» и «Тургай Петролеум». Было приватизировано ГАО «Экибастузкомир», в состав которого входил уникальный угольный разрез «Богатырь». В результате проведенной приватизации между инвесторами и государством был заключен ряд контрактов на разведку и добычу нефти на месторождениях Кызылкия, Арыскуп, Майбулак и Южный Кумколь и на добычу угля на месторождении Экибастуз в пределах разрезов «Богатырь», «Восточный» и «Северный».

В это же время был заключен целый ряд контрактов на разведку и/или добычу различных полезных ископаемых как в порядке прямых переговоров, так и по результатам проведенных тендеров.

III этап (1999-2004 годы) – переход от лицензионно-контрактной системы к контрактной системе недропользования и начало ужесточения его режима. 11 августа 1999 года был принят Закон, внесший ряд концептуальных изменений в Закон «О недрах» и Закон «О нефти».

Самым важным новшеством Закона 1999 года являлся переход от лицензионно-контрактной системы предоставления прав недропользования к контрактной, что позволило не только упростить процесс получения и дальнейшего осуществления права недропользования на базе контракта на недропользование, но и сфокусироваться на договорной природе последнего.

Практика показала, что важнейшие вопросы в сфере недропользования оставались полностью или существенно неурегулированными, что и было так или иначе сделано Законом 1999 года (например, внесены регуляции в части охраны окружающей среды и разработки ресурсов на море). Кроме того, два базовых закона были в большей степени взаимно согласованы.

Изменения 1999 года ознаменовали начало процесса ужесточения правового режима недропользования, который продолжался до декабря 2014 года. Так, например, было установлено общее правило для получения права недропользования на основании результатов конкурса и сделаны лишь некоторые исключения из этого общего правила; дано определение Национальной компании и установлено ее привилегированное положение; введены более жесткие требования в отношении приобретения товаров, работ и услуг у местных производителей и правило об их

приобретении на основании проведения конкурса и т.д.

Внесенные новшества нашли свое отражение в обновленных версиях многих подзаконных нормативных правовых актов, касающихся конкретных аспектов недропользования.

IV этап (2004-2014 годы) – регулярное изменение законодательства о недрах и о нефти, в целом направленное на дальнейшее ужесточение режима недропользования. С 2004 года начался следующий этап формирования законодательства о недрах и о нефти, продолжавшийся до декабря 2014 года, который характеризовался регулярными и частыми изменениями законодательства и общим ужесточением режима недропользования.

Среди самых крупных законодательных решений были принятие в 2005 году и отмена в 2009 году Закона «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море», а также отмена в 2010 году Закона «О недрах» 1996 года и Закона «О нефти» 1995 года, которые заменил новый Закон «О недрах и недропользовании» от 24 июня 2010 года. При этом в Закон 2010 года были инкорпорированы в несколько измененном виде положения Закона «О нефти».

Закон 2010 года во многом воспринял положения, содержащиеся в предшествующих ему законодательных актах, наиболее важным из которых является сохранение контрактной системы недропользования. Принятие этого Закона не изменило курса на установление режима дозволенного вмешательства государства в хозяйственную деятельность компаний-недропользователей и их субподрядчиков, усиление государственного кон-



троля и установление режима, который условно можно назвать «режимом отсутствия защиты и поддержки инвестиций в нефтяную и горнодобывающую отрасли Казахстана». Этому же способствовали положения и других законодательных актов, наиболее ярко — экологического и налогового.

Закон содержал большое количество норм, формирующих неблагоприятный правовой режим для долгосрочных инвестиций: урезанные по сравнению с первоначальными гарантии стабильности режима контрактов на недропользование, включая отсутствие стабильности налогового режима; нормы, регулирующие вопросы одностороннего расторжения контракта компетентным органом (особенно по месторождениям, имеющим стратегическое значение); широкий перечень обязанностей недропользователя, в том числе по финансированию социальной сферы, научно-исследовательских работ и т.п.; требования в отношении казахстанского содержания, порядка закупок. Система экологических платежей и штрафов, установленная экологическим и налоговым законодательством, привела к тому, что в некоторых случаях размер налагаемой имущественной ответственности стал доходить до стоимости всего бизнеса. Большинство этих норм действует до настоящего времени.

Принятие Закона «О недрах» 2010 года также не остановило процесс безудержного законотворчества по его корректировкам. Возникает логичный вопрос — можно ли вкладывать инвестиции в страну, где базовый закон за 5 лет его действия изменялся 25 раз, причем изменения в большинстве случаев носили существенный характер. Отслеживанием подзаконных нормативных-правовых актов в недропользовании вообще должен заниматься отдельный человек, так как их количество и измене-

ния разумному учету не поддаются. Например, после перераспределения в сентябре и декабре 2014 года компетенции государственных органов, осуществляющих государственное регулирование в сфере недропользования, значительный объем полномочий передан от правительства РК компетентному органу. В результате мы наблюдаем процесс отмены подзаконных нормативных актов, принятых ранее правительством, и принятия их заново соответствующим компетентным органом.

У этап (2014 год и далее) — начало либерализации законодательства о недрах и его предлагаемая кодификация. С учетом возникших проблем с восполнением минерально-сырьевой базы страны, необходимости ведения поиска и разведки новых месторождений и привлечением новых инвестиций государство впервые за много лет решилось на некоторую либерализацию законодательства в декабре 2014 года.

В результате принятых изменений сфера применения приоритетного права государства ограничена только контрактами на месторождениях, участках недр, имеющих стратегическое значение; применение двухлетнего моратория на передачу права недропользования ограничено контрактами на добычу, разведку, совмещенную разведку и добычу углеводородов; предусмотрена возможность проведения конкурса на получение права недропользования не только в форме тендера, но и в форме аукциона (который по своей процедуре и срокам проведения является более простой формой конкурса); предусмотрен упрощенный порядок получения права на разведку на слабоизученных участках недр, не превышающих десяти блоков, каждый из которых равен одной минуте в географической системе координат с заключением типового контракта на разведку и т.д. Однако в существующих условиях и этого недо-

статочно. Следующим шагом на пути к созданию благоприятной инвестиционной среды должно стать принятие Кодекса о недрах и недропользовании.

2. Концепция нового Кодекса «О недрах и недропользовании» — оправдаются ли ожидания инвесторов?

Предпосылки разработки и принятия Кодекса. В обоснование необходимости принятия Кодекса разработчики Концепции приводят ряд серьезных аргументов, в том числе тот, что действующее казахстанское законодательство о недрах разрознено, содержит множество неопределенных положений в отношении важных вопросов, и в то же время чрезвычайно зарегулировано и не оставляет недропользователю возможности принимать самостоятельные быстрые и эффективные решения в отношении его производственной деятельности, сложно для понимания инвесторов, подвержено частым изменениям³. Но главное — оно не соответствует той фазе экономического развития, в которой находится недропользование, поскольку было направлено на регулирование отношений при освоении ранее открытых месторождений, а сейчас основной задачей является поиск и разведка новых.

Мы бы добавили еще от себя, что законодательство о недрах и экологическое законодательство в настоящее время столь репрессивны, что создают ежеминутную угрозу банкротства недропользователя или потери бизнеса, и это, естественно, отпугивает инвесторов.

Общая оценка Концепции. Существующая на сегодняшний день Концепция содержит целый ряд положений, которые могут быть оценены как безусловно желательные для инвесторов. Некоторые предложения — на-

³ Мы неоднократно исследовали проблемы казахстанского законодательства о недрах на разных этапах его развития. Смотрите об этом, например: Ченцова О. И. «Новый закон Республики Казахстан «О недрах»: новые регуляции и новые вопросы», журнал «Petroleum», 2010 год, № 5; Ченцова О. И., Брайнина Н. В. «Последние изменения в казахстанском законодательстве о недрах и о нефти», журнал «Недропользование и Право», 2005, № 2; Bassin Yu., Chentsova O., Hines Jonathan H. *Kazakhstan's Amended Legal Regime for Natural Resource Development: A Critical Analysis of the Key Changes.* — «Изменение правового режима разработки полезных ископаемых в Казахстане: критический анализ основных изменений», *Columbia University, The Parker School Journal of East European Law*, 1998, Vol. 5, No. 4.



пример, о замене контракта на разведку лицензией — достаточно спорны.

Однако в целом можно утверждать, что, если при принятии Кодекса будут восприняты основные положения Концепции, это будет качественно новым по сравнению с действующим Законом «О недрах» законодательный акт. В идеале с принятием Кодекса изменятся методы и подходы в государственном администрировании отрасли, с сокращением случаев применения при ее регулировании административно-командного метода; будет установлена гарантия стабильности режима контрактов и применимого к ним законодательства, включая налоговую стабильность; будет обеспечен открытый доступ к геологической информации для всех потенциальных инвесторов; условия предоставления права на разведку и ее осуществление станут более инвестиционно привлекательными; условия предоставления права на добычу и ее осуществления также будут изменены и станут менее кабальными и рискованными для инвестора и т.д.

В Концепции также предлагается пересмотреть правовое регулирование целого ряда вопросов, а также установить новые права для недропользователей, не предусмотренные действующим законодательством. Так, предлагается полностью изменить подходы, применяющиеся при подготовке и согласовании проектных документов; изменить методику и систему подсчета запасов; изменить правовой статус национальных компаний, лишив их привилегий; предусмотреть возможность ведения старательской добычи; предусмотреть право недропользователей приостанавливать операции по разведке и добыче, например, в связи со значительным падением цен на сырье до того предела, который ведет к нерентабельности добычи и т.д. Если все случится так, как задумано, наступит почти «инвестиционный рай».

Мы не ставили задачу рассмотреть и прокомментировать в настоящей статье все вопросы, обозначенные в Концепции, и остановились на том, что показалось нам наиболее важным.

Оценивая содержание Концепции, не будем забывать, что от ее разработки до принятия Кодекса документу предстоит пройти законодательного процесса. Как показывает опыт, нередко принятые нормативные правовые акты по своему содержанию и наполнению мо-

гут в значительной степени отличаться от того, что было задумано. Это понятно, поскольку немалая часть казахстанского бюджета формируется за счет уплаты налогов недропользователей, в том числе подписного бонуса, от взимания которого предлагают отказаться разработчики Концепции; многие социальные задачи государства решаются за счет платежей по различным финансовым обязательствам недропользователей — например, платежей на развитие социальной сферы. Поэтому очень вероятно, что на пути к принятию Кодекса встретит решительное сопротивление представителей государственных органов, прежде всего фискальных.

Закон или Кодекс? Вопрос о необходимости принятия именно Кодекса, а не нового Закона о недрах, дискутировался довольно давно как с позиций теории права, так и с практической точки зрения. Мы не утверждаем, что принятие именно Кодекса, а не Закона, волшебным образом решит все существующие проблемы, это будет зависеть от его содержания и практики применения. Принятие законодательного акта в форме Кодекса при сложившейся системе нормативных правовых актов (НПА) в Казахстане облегчит решение ряда вопросов, и вот почему.

1. Кодификация законодательства о недрах при условии принятия Кодекса, содержащего ясные нормы о сфере его действия и о разграничении с действием Кодексов других отраслей законодательства, при качественном исполнении, вероятно, решит проблему противоречий между нормативными правовыми актами различной юридической силы. Занимая в иерархии НПА более высокую позицию по сравнению с законами, Кодекс будет иметь и более высокую юридическую силу по отношению к ним и любым нормативным правовым актам, следующими в этой иерархии за законами.

2. Практически все иные отрасли законодательства, регулирующие использование природных ресурсов, кодифицированы (в Казахстане имеются Земельный, Лесной, Водный Кодексы). При повальной кодификации последних лет были приняты и другие Кодексы (например, Экологический, Таможенный, «О здоровье народа и системе здравоохранения»). Отношения, возникающие в сфере недропользования, не менее важные и сложные, и с этих позиций логично их тоже регулировать Кодексом.

3. Кодификация позволит в определенной мере преодолеть разрозненность нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере недропользования, объединив наиболее важные положения различных законодательных и подзаконных нормативных актов в одном документе. Полностью избавиться от всей «подзаконки», на наш взгляд, не удастся, да этого и не нужно, поскольку многие процедурные и методологические вопросы разумно регулировать именно подзаконными актами, как это делается в других отраслях законодательства, где приняты Кодексы.

4. По мнению разработчиков Концепции, принятие Кодекса послужит дополнительным рычагом обеспечения стабильности законодательства о недрах, поскольку изменения в кодексы вносятся в усложненном порядке не менее чем в двух чтениях путем последовательного рассмотрения на отдельных заседаниях палат парламента РК. На наш взгляд, этот эффект усилится, если законодательно установить правило о возможности внесения изменений в Кодекс не чаще одного раза в год — по аналогии с изменениями Налогового Кодекса. ■

Окончание в следующем номере (октябрь 2015 г.)



Subsoil and Subsoil Use Legislation: History and New Concept

Законодательство о недрах и недропользовании: история вопроса и новая концепция

Olga Chentsova, Managing Partner, AEQUITAS Law Firm
Ольга Ченцова, Управляющий партнер Юридической фирмы «AEQUITAS»

Natalya Braynina, Partner, AEQUITAS Law Firm
Наталья Брайнина, Партнер Юридической фирмы «AEQUITAS»

*Continuation.
 Beginning in the #4-2015*

Pinciples of subsoil use – an effective instrument or declaration? The Concept developers believe that the principles of subsoil legislation secured in the Subsoil Law need to be adjusted by filling them with the new content and adding new principles, previously unknown to the subsoil legislation.

For instance, it is proposed to introduce the principle of presumption of bona fide use of subsoil and its resources, which should be understood as a presumption that the subsoil user is using subsoil in good faith, until and unless otherwise proven by governmental agencies.

It looks that this principle, though not expressly provided for by the current legislation, is in fact effective. Probably, given the level of industry overregulation and the great number of obligations and requirements imposed on subsoil users, the effect of this principle is not always traceable in practice, or it is being violated.

It is proposed to replace the existing principle of "transparency of subsoil use operations" by the principle of "transparency of governmental agencies activities and accessibility of information." This principle implies the obligation of governmental agencies to ensure for persons concerned unimpeded access, including via relevant Internet resources, to information about

subsoil use right granting conditions; information about fulfillment of the subsoil use right granting conditions under concluded contracts and issued licenses; decisions of governmental agencies regarding granting, changing and termination of subsoil use right; document based on which the subsoil use rights are arising; geological information that is not confidential and does not refer to state secrets; and reports on subsoil users' fulfillment of contract and license conditions.

It is supposed that introduction of this principle with the above responsibilities of governmental agencies will ensure a much greater degree of subsoil use transparency as compared with the currently effective principle of transparency, which is narrower in its content.

Besides, granting access to geological information will permit investors, including junior companies, which are so welcome on the market today, to make a preliminary investment decision regarding the prospects of investing in Kazakhstan's subsoil use industry based on the analysis of such available information.

It should be mentioned that simply securing in the Code the transparency principle would not resolve the issue of geological information accessibility, and it will be required to accordingly amend other norms regulating this matter, which is also mentioned by the Concept developers.



Olga Chentsova
Ольга Ченцова

Changing the methods and approaches in the state administration of subsoil use. The Concept developers propose to exhaustively set out the powers and duties of governmental agencies performing regulation in the subsoil use area, which would maximally eliminate the possibility of the law being applied at the discretion of a governmental official. The proposal is alluring, but it is not quite clear what mechanisms can help achieve this goal.

It is planned to utilize the so-called method of "index-based regulation" using which the state control in subsoil use area will not have to be focusing on subsoil user's performance or failure to perform certain actions, but will focus on subsoil user's attainment of certain results.

Using this method, the subsoil user will be able to independently decide in which manner exactly to conduct its activities and which of the recognized technologies, techniques and methods to use in order to attain the established indices, without the state's superfluous approvals, consents and instructions. It is specifically mentioned that all this will be possible subject to complying with environmental statutory requirements and industrial safety rules and ensuring the rational and efficient use of subsoil.

It is expected that application of the proposed method will mitigate the currently existing risk of contract termination for any committed violation, because the state will be controlling only the final result.

Our practice comprises a very demonstrative case, where a subsoil user conducting activities based on a contract for combined exploration and production, having obtained approval of the reserves, production work program and other necessary documents, received, on the date of signing the last documents required



Natalya Braynina
Наталья Брайнина

to transfer to the stage of production, a competent authority's notice of contract termination in connection with failure to fulfill the financial obligations and the scope of exploration work. The subsoil user managed to defend the contract with great difficulty, already at the level of the RK Supreme Court. The competent authority did not take into consideration the argument that additional expenditures and work would be uneconomical, given that the aim of exploration had been successfully achieved without incurring further unjustified costs.

Hopefully, the proposed method of administration, specifically aimed, in our view, at achieving the economic results, will be duly reflected in the Code, and the norms establishing the relevant regulatory requirements will ensure the possibility of its use.

Stabilization of subsoil use conditions is presented as a separate Concept's provision and named as a measure making it possible to restore investors' trust in Kazakhstan.

Obviously, subsoil use is a capital-intensive industry, requiring significant (often huge) and most often long-term investments. In view of that, it is extremely important for the investor to understand what conditions his activities will be conducted in and whether these conditions will remain stable.

In our opinion, stability in subsoil use can be viewed from the two aspects: a) as minimization of the number of amendments introduced into the basic legislative acts governing relations in the subsoil use area, and b) in the establishment of a guarantee not to apply legislation aggravating subsoil user's position to contracts entered into prior to such legislation enactment.

The Concept suggests that both these aspects should be taken into account when drafting the Code.

We have mentioned above the need to minimize as much as practicable amendments to subsoil legislation by way of adopting specifically the Code, not another subsoil law.

As to the guarantees of stabilization of subsoil legal regime, including tax regime, in respect of particular contracts, this is a very complicated issue causing the fiercest debate over the past ten or more years, therefore, we will dwell on this in more detail.

Originally, Kazakhstan was providing investors with broad guarantees of contract regime stability, including tax regime stabilization guarantee. The Law on Subsoil and Subsoil Use of 27 January 1996 (its first version) set forth that *"Subsoil user shall be guaranteed protection or its rights according to legislation. Amendments to legislation aggravating Subsoil User's position shall not apply to Licenses and Contracts issued and entered into prior to such amendments"* (Article 71).

Currently, the 2010 Subsoil Law sets forth that *"amendments to legislation which deteriorate the results of subsoil user's entrepreneurial activities under contracts shall not apply to contracts entered into prior to the introduction of such amendments. The guarantees established by this Article shall not apply to changes in the Republic of Kazakhstan's legislation in the area of ensuring national security and defense capacity, and in the areas of environmental safety, healthcare, taxation and customs regulation"* (Article 30).

That is, the currently established guarantee applies not in case of any aggravation of subsoil user's position, but only in cases of deterioration of the results of subsoil user's entrepreneurial activities. But even such curtailed guarantee contains

exemptions relating to legislative amendments in the field of national security and a number of other areas.

It should be mentioned that the "elastic language" — such as "ensuring national security" or "environmental safety area" — allows covering thereby practically everything and extending over the previously concluded contracts any new regulations jeopardizing the interests of investors, especially, however paradoxical this may be, large investors.

In our view, the most illustrative example are the norms of the current Subsoil Law regarding changes to be made in the terms and conditions of contracts (including those previously concluded) for subsoil use at fields/deposits and subsoil sections of strategic importance upon the competent authority's, i. e., actually the state's, unilateral demand. In order to substantiate such actions, the legislator is widely using such language as the "RK economic interests" and "threat to national security."

Verbatim, it says as follows: *"If subsoil user's actions in the course of subsoil use operations in respect of subsoil sections or deposits of strategic importance lead to a change in the economic interests of the Republic of Kazakhstan that poses threat to the national security, the competent authority may demand to amend and/or add the contract conditions, including previously concluded contract, in order to restore the economic interests of the Republic of Kazakhstan."*

We have always wanted to know how can one, without violating the contract terms, work program, project documents, etc., carry out subsoil use in such a way as to pose threat to the national security? And what should specifically be understood as the "RK economic interests" in this context?



If the subsoil user refuses to make the suggested amendments, or the parties cannot come to agreement, the competent authority has the right to terminate the contract. By the way, in case of the above mysterious situation with a violation of the Republic's economic interests posing threat to its national security, and provided a relevant Government resolution is in place, the competent authority may terminate the contract even without suggesting its amendment, merely by a 2 month prior notice to the subsoil user.

We do not review in this article the issues of environmental and tax legislation, therefore, we do not dwell on the facts of how, on the pretext of protecting environmental safety, subsoil user is imposed threefold property liability for one violation, such draconian penalties requiring no proof of occurrence of actual damage. This is a subject of a separate article and has been addressed more than once by us and other lawyers.

The result is: legislator's almost complete refusal to guarantee the stability of previously issued licenses and concluded contracts, inclusion into the legislation of provisions fraught with risks to lose all investments and making such provisions cover the previously concluded contracts have undermined investors' trust in Kazakhstan. Restoration of the trust will largely depend on the state's readiness to once again provide to investors the guarantees of stability (including tax regime stabilization guarantees, especially in respect of production contracts) and ensure this regime preservation. This will require not only legislative declarations of the contract legal stabilization regime, but also their correct and expanded reflection in the Code.

We are not calling to reject all exemptions from the stabilization regime in subsoil use, but the language used to describe such exemptions must be clear and understandable, expressly delimiting the scope of their application.

Replace the contract by the license – is it really necessary? Since 1999, the right to minerals exploration and production has been arising in Kazakhstan on the basis of a contract entered into between the subsoil user and the competent authority (this general rule having but a few established exceptions). The Concept developers propose to define the license as a ground for the arising of the right to explore for and extract solid minerals, common minerals, therapeutic muds, ground water and geothermal resources, to use underground cavities (man-made and natural) and useful com-

ponents from state-owned technogenic formations and technogenic mineral formations, and to explore for hydrocarbons at poorly prospected and non-promising subsoil sections. The key requirements to licensable operations are proposed to be set forth in the Code.

It is proposed to conclude contracts only for the exploration and production of hydrocarbons. The developers, however, do not clarify why the contract should be preserved for hydrocarbons.

In substantiating the appropriateness of introducing the licensing procedure, the Concept authors argument it by a significant reduction of the subsoil use right obtainment period. Quickly obtaining the desired right is, of course, very good, but it is also possible to lose it quick in this case as well. Because the license, at least as it is understood by the Kazakh legislation, is a public permitting document, which is issued and revoked by the state on a unilateral basis.

Under the licensing procedure, if the license is understood as an administrative act, not a document of contractual nature, investor's protection is insignificant, primarily because he has no possibility to discuss the license conditions and cannot provide for dispute arbitration, which, given the highly corrupt Kazakh courts, poses additional risks to lose the license (according to the Transparency International expert data, as of 2014, Kazakhstan ranked 126th by the global Corruption Perception Index). Moreover, unlike the contract, the license, being an administrative act (at least in the Kazakh legal environment), cannot be stabilized.

As to the foreign experience referenced by the Concept developers, in some countries work, even if based on a license, does not imply administrative relations between the state and the subsoil user. For example, Norway has a concession-based system of subsoil use, albeit formally called licensing. Essentially, the state enters with the subsoil user into a civil law contract, elaborating in detail its terms and conditions and tightly controlling their implementation¹.

If the Concept implies the above type of legal relationships, it is unclear why complicate the situation, create artificial contrived structures and introduce the license as a document of contractual nature where the country is currently regulating the license as a permitting document of public nature, especially given

that the general legal apprehension of this matter coincides with that defined by legislation.

Kazakhstan had already attempted introduction of the licensing procedure for granting the subsoil use right (from 1994 to 1999), but licenses were in effect in conjunction with contracts, and it appears that was exactly because license has always been perceived as a permit (in the case under consideration – permit to enter into the contract on the basic terms and conditions defined by the license). The contract was to conform to the license conditions, revocation of the license entailing termination of the contract. This yielded nothing positive, as contract amendments most often required amendment of the license, the licensing and competent authority were not always the same agency, there was a period when licenses were amended only upon a special RK Government Decree, as a result, in practice, subsoil use was constantly conducted in breach of the license conditions, impending its revocation. Eventually, licenses were abolished and everybody breathed a sigh of relief.

In view of all the above, a transfer from contract to license is likely to become another, most probably unsuccessful, attempt to utilize in Kazakhstan a legal instrument, which is used by other countries in their legal systems and which, in its content, nature and legal regulation, does not conform to the license legal regime under Kazakh law. The question is: why try to establish a special license regulation in subsoil use, referring to Australia, Norway, Canada, etc., and every time prove that it bears a contractual nature, if the Kazakh legislation has a contract for these purposes?

We understand that a subsoil use contract, given the legal regulation and law application practice we have had over the past years, is not the most flawless instrument too. However, in our view, legislation should be improved specifically by reinforcing the civil component of the subsoil use contract, not rejecting it in favor of the public document – the license.

As to the contract execution timeframes, which are longer than license issuance timeframes – the license, if all the terms and conditions contained therein will have to be approved, will not be issued in one day or in one month.

We do not exclude the possibility for some operations not requiring large investment and complex industrial production to be implemented based on licenses. For instance, extraction of common minerals for commercial purposes may be

¹ Please see on this: Kokin, V. N. *Subsoil Use: Theoretical and Legal Analysis*. – M: Nestor Academic Publishers LLC, 2005, pp.131–132.

license-based. However, generally, in our view, given Kazakhstan's current reality, abolition of contract system in transferring to licensing can only be evaluated as a "step back."

How to make exploration and production legal conditions in Kazakhstan more attractive for investors? The Concept developers are right to mention that the exploration and production conditions currently existing in Kazakhstan are investor-hostile, and they offer a number of measures, which, in their opinion, can improve the situation.

Among other things, they are proposing to establish the general rules for conducting exploration and production, some of which are as follows:

- Exploration and production/extraction of any types of minerals to be carried out within the main groups of minerals: hydrocarbons, solid minerals and common minerals. This rule will exclude uranium, ground water, therapeutic muds and geothermal resources, which will have to be explored for and extracted depending on the specific type of minerals, based on a special license;
- Payment of lease payments at annually increasing rates per one block;
- Unlimited scope of geological prospecting operations;
- No obligations to bear the region's socio-economic development, local personnel training, R&D and experimental design costs and other costs not directly related to exploration operations, in the period of exploration;
- Transfer to production without issuing a new license or entering into a new contract, i. e., conducting exploration and further production on a combined basis;
- No requirements to the scope and limit of production (based on the good field development practice), except for ground water, which will be subject to maximum water intake limit;
- Payment of the region's socio-economic development, local personnel training, R&D and experimental design costs in the period of production within the amounts established by the Code, etc.

It is proposed to provide for certain special conditions for the hydrocarbons exploration and production at poorly prospected and non-promising sections, as well as for solid minerals.

That is, it is proposed to maximally liberalize the subsoil use operation conditions, entitling the subsoil user to independently decide which operations and within what scope to perform, how much to spend on them, what and how much to extract, etc. In order to ensure

such possibility, it is proposed to proceed from the fact that the indices of project documents and work program are just the planned and forecast indices, allowing for significant deviations.

It is hard to say whether such "libertinism," again, given Kazakhstan's specific background, will be used for the good or for the bad. Probably, all this is appropriate for "law-obeying" countries with long years of private business experience and traditions. It is probably worth recalling that at the first stage of the Kazakh legislation development, there existed a fairly liberal regime of exploration and production, without today's "overregulation," where subject to approval were specifically the minimum work programs based on which the annual work programs were approved, deviating, as a rule, from the contract and license provisions; the project document issues were almost unregulated; control over subsoil use was exercised by local authorized agencies, etc. As a result, work at fields/deposits had not been conducted for years or was conducted within a minimum scope, and subsoil use rights had been repeatedly resold. Hence, the industry did not show the expected development rates and the state started to "tighten the screws" and never managed to stop in proper time. Since no one ever cancelled the "negation of negation" law, before going from one extreme to another and granting subsoil users an almost unlimited freedom, it is necessary to account for the past years' experience.

As a conclusion, we would like to specifically dwell on the issue of transfer to, or to be more precise,

reinstatement of, the possibility to conduct combined exploration and production.

Before 2010 (adoption of the latest Subsoil Law), Kazakhstan had had such practice and it showed that the economic model of a contract could not be prepared for the period of production until the exploration had been fully completed and the mineral reserves approved, therefore, in any case, by the time of exploration completion and before transferring to the production stage the parties had to have the contract terms and conditions re-approved for the period of production. Meantime, in case of combined exploration and production, the production contract already legally exists, which protects the investor conducting exploration and creates a guarantee of transition to production.

Under the currently effective regulation, a subsoil user who has discovered and assessed a field based on an exploration contract possesses an exclusive right to production, without tender, on the basis of direct negotiations. However, the risk that the subsoil user and the competent authority will not reach agreement on the production contract terms and conditions and the contract will not be concluded stays. Hence, the possibility to obtain the rights to combined exploration and production is much more desirable for the investor.

As to the impossibility to define the economic conditions of production before completion of exploration, these conditions may be determined optionally, by setting provisional indices in case of these of those results of exploration, which is used in the international practice. ■



Окончание.
Начало в №4-2015 г.

Принципы недропользования – эффективный инструмент или декларация? Разработчики Концепции полагают, что закрепленные в Законе «О недрах» принципы законодательства о недрах и недропользовании нуждаются в корректировке путем их наполнения новым содержанием и дополнения принципами, ранее не знакомыми законодательству о недрах.

Например, предлагается ввести принцип презумпции добросовестности пользования недрами и их ресурсами, под которым следует понимать предположение о добросовестном пользовании недрами недропользователем, пока соответствующими государственными органами не будет доказано иное.

Думается, что этот принцип, не будучи прямо закрепленным в действующем законодательстве, фактически действует. Возможно, что при чрезвычайной зарегулированности отрасли и огромном количестве обязанностей, возложенных на недропользователя и предъявляемых к нему требований, на практике действие этого принципа не всегда прослеживается, или он нарушается.

Предлагается заменить существующий принцип «гласности проведения операций по недропользованию» на принцип «прозрачности деятельности государственных органов и доступности информации». Данный принцип предусматривает обязанность государственных органов обеспечить беспрепятственный доступ любых заинтересованных лиц, в том числе через соответствующие интернет-ресурсы, к информации об условиях предоставления права недропользования; информации о выполнении условий предоставления права недропользования по заключенным контрактам и выданным лицензиям; решениям государственных органов относительно предоставления, изменения и прекращения права недропользования; документам, на основании которых возникают права недропользования; геологической информации, не являющейся конфиденциальной и не относящейся к государственным секретам; отчетам о выполнении недропользователями контрактных и лицензионных условий.

Представляется, что введение этого принципа с приведенными выше обязанностями государственных органов в значительной степени обеспечит прозрачность недропользования

в сравнении с действующим в настоящее время принципом прозрачности, более узким по своему содержанию. Кроме того, предоставление доступа к геологической информации позволит инвесторам, в том числе юниорским компаниям, чей приход на рынок так желателен сегодня, принять для себя предварительное инвестиционное решение о перспективах вложения средств в отрасль недропользования Казахстана на основе анализа этой доступной информации.

Следует отметить, что только закрепление в Кодексе принципа прозрачности не решит вопроса доступности геологической информации и потребует соответствующее изменение остальных норм, регулирующих этот вопрос, что также отмечается разработчиками Концепции.

Изменение методов и подходов в государственном администрировании недропользования. Разработчиками Концепции предлагается установить исчерпывающие полномочия и обязанности государственных органов, осуществляющих регулирование в сфере недропользования, которые максимально исключат возможность правоприменения по усмотрению должностного лица. Предложение заманчивое, но не совсем понятно, при помощи каких механизмов можно достигнуть этой цели.

Предполагается использовать так называемый метод «регламентирования на базе показателей», при использовании которого государственной контроль в сфере недропользования не должен будет фокусироваться на исполнении или неисполнении недропользователем отдельных действий, а будет фокусироваться на достижении недропользователем определенных результатов.

При таком методе недропользователь сможет самостоятельно решать, каким именно образом осуществлять свою деятельность, какие из признанных технологий, техник и методов использовать для достижения установленных показателей без дополнительных согласований, утверждений и предписаний со стороны государства. Специально отмечается, что все это будет возможно при соблюдении норм экологического законодательства, а также обеспечения рационального и эффективного использования недр и норм промышленной безопасности.

Ожидается, что при применении предлагаемого метода снизится риск расторжения контракта за любое допущенное

нарушение, существующий в настоящее время, поскольку государство будет контролировать только конечный результат.

В нашей практике есть очень показательный пример, когда недропользователь, осуществлявший деятельность на основании контракта на совмещенную разведку и добычу, утвердив запасы, рабочую программу на период добычи и другие необходимые документы, в день подписания последних требующихся документов для перехода к этапу добычи получил уведомление компетентного органа о расторжении контракта в связи с невыполнением финансовых обязательств и объема работ по разведке. Контракт удалось отстоять с большим трудом на стадии Верховного суда РК. Аргументация об экономической нецелесообразности дополнительных затрат и работ, при том, что цель разведки успешно достигнута без дополнительных неоправданных затрат, компетентным органом во внимание не принималась.

Хочется верить, что предлагаемый метод администрирования, направленный, на наш взгляд, именно на достижение экономического результата, будет должным образом отражен в Кодексе, а нормы, устанавливающие соответствующие регуляторные требования, смогут обеспечить возможность его применения.

Стабильность условий недропользования вынесена как отдельное положение Концепции и названа в качестве меры, способной восстановить доверие инвесторов к Казахстану.

Очевидно, что недропользование является капиталоемкой отраслью, требующей значительных (нередко огромных) и чаще всего долгосрочных инвестиций. С учетом этого, инвестору крайне важно понимать, в каких правовых условиях будет осуществляться его деятельность и останутся ли эти условия стабильными.

Стабильность при недропользовании, на наш взгляд, может рассматриваться в двух аспектах: а) как минимизация количества изменений и дополнений, вносящихся в базовые законодательные акты, регулирующие отношения в сфере недропользования, и б) в установлении гарантий о неприменении законодательства, ухудшающего положение недропользователя к контрактам, заключенным до введения этого законодательства в действие.

Из Концепции вытекает, что оба этих аспекта при подготовке

Кодекса должны быть приняты во внимание.

О сокращении, насколько это возможно, количества изменений, вносимых в законодательство о недропользовании, посредством принятия именно Кодекса, а не очередного закона о недрах, говорилось выше.

Что касается гарантий стабильности правового режима недропользования в отношении конкретных контрактов, включая налоговый режим, то это отдельный, очень сложный, вопрос, вызывающий на протяжении последних десяти и более лет самые ожесточенные дискуссии, поэтому остановимся на нем подробнее.

Изначально Казахстан предоставлял инвестору широкие гарантии стабильности режима контракта, включая гарантию налогового режима. Так, в Законе «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г. (в первой его редакции) было установлено, что «недропользователю гарантируется защита его прав в соответствии с законодательством. Изменения и дополнения законодательства, ухудшающие положение Недропользователя, не применяются к Лицензиям и Контрактам, выданным и заключенным до таких изменений и дополнений» (ст. 71).

В настоящее время Закон «О недрах» 2010 года устанавливает, что «изменения и дополнения законодательства, ухудшающие результаты предпринимательской деятельности недропользователя по контрактам, не применяются к контрактам, заключенным до внесения данных изменений и дополнений. Гарантии, установленные настоящей статьей, не распространяются на изменения законодательства Республики Казахстан в области обеспечения национальной безопасности, обороноспособности, в сферах экологической безопасности, здравоохранения, налогообложения и таможенного регулирования» (ст. 30).

То есть, установленная в настоящее время гарантия применяется не в случае любого ухудшения положения недропользователя, а только при ухудшении результатов его предпринимательской деятельности. При этом даже такая усеченная гарантия содержит изъятия в отношении изменений законодательства в области обеспечения национальной безопасности и ряда других сфер.

Следует отметить, что «резинные формулировки» — такие как «обеспечение национальной безопасности» или «сфера экологической безопасности»

— позволяют подводить под них практически все, что угодно и распространять на ранее заключенные контракты любые новые регуляции, угрожающие интересам инвесторов, а в особенности, как это не парадоксально, именно крупных инвесторов.

Самым показательным примером этого, на наш взгляд, являются нормы действующего Закона «О недрах» об изменении условий контрактов (в том числе ранее заключенных) для осуществления недропользования на месторождениях, участках недр, имеющих стратегическое значение по одностороннему требованию компетентного органа, то есть фактически государства. В обоснование правомерности этих действий законодателем широко используются такие формулировки, как «экономические интересы РК» и «угроза национальной безопасности».

Дословно это звучит так: «В случае, если действия недропользователя при проведении операций по недропользованию в отношении участков недр, месторождений, имеющих стратегическое значение, приводят к изменению экономических интересов Республики Казахстан, создающему угрозу национальной безопасности, компетентный орган вправе потребовать изменения и (или) дополнения условий контракта, в том числе ранее заключенного контракта, с целью восстановления экономических интересов Республики Казахстан».

Всегда хотелось узнать, как можно, не нарушая условий контракта, рабочей программы, проектных документов и т.д., осуществлять недропользование таким образом, чтобы создать угрозу национальной безопасности? И что конкретно в этом контексте следует понимать под «экономическими интересами РК»?

Если недропользователь отказывается внести предлагаемые изменения и дополнения, или стороны не приходят к согласию, компетентный орган вправе прекратить контракт. К слову, при возникновении описанной загадочной ситуации с нарушением экономических интересов республики, создающим угрозу ее национальной безопасности, и при наличии соответствующего решения правительства компетентный орган может прекратить контракт и не предлагая внести в него изменения и дополнения, просто предупредив об этом недропользователя за 2 месяца.

Мы не рассматриваем в этой статье вопросы экологического и налогового законодательства, и поэтому не останавливаемся на том, как под эгидой защиты экологической безопасности за одно нарушение на недропользователя накладывается тройная имущественная ответственность, при этом для наложения драконовских взысканий доказательства возникновения фактического ущерба не требуется. Это тема для отдельной статьи, и об этом уже не раз писали и мы, и другие юристы.

В итоге: почти полный отказ законодателя от гарантирования стабильности режима ранее выданных лицензий и заключенных контрактов, включение в законодательство положений, создающих риск потерять все вложенные инвестиции и распространение их действия на ранее заключенные контракты подрывали доверие инвесторов к Казахстану. Восстановление этого доверия в значительной степени будет зависеть от готовности государства вновь предоставить инвесторам гарантии стабильности (включая гарантии неизменности налогового режима, особенно в отношении контрактов на добычу), и обеспечить сохранение этого режима. Для этого потребуются не только законодательные



декларации о стабильности правового режима контрактов, но и их правильное развернутое отражение в Кодексе.

Мы не призываем отказаться от всех исключений из режима стабильности в недропользовании, но формулировки, применяемые для таких исключений, должны быть ясные и понятные, с четкими границами их применения.

Замена контракта на лицензию — действительно ли это необходимо? С 1999 года право на разведку и добычу полезных ископаемых возникает в Казахстане на основании контракта, заключаемого между недропользователем и компетентным органом (в отношении этого общего правила установлены лишь некоторые исключения). Разработчики Концепции предлагают определить лицензию в качестве основания для возникновения права на разведку и добычу твердых полезных ископаемых, общераспространенных полезных ископаемых, лечебных грязей, подземных вод, геотермальных ресурсов, на использование подземных полостей (техногенных и естественных), полезных компонентов из техногенных образований и техногенных минеральных образований, находящихся в государственной собственности, а также разведку углеводородов на малоизученных и неперспективных участках недр. Основные требования к проведению операций, подлежащих лицензированию, предлагается установить в Кодексе. Контракт предлагается заключать только для разведки и добычи углеводородов. Почему контракт для углеводородов следует сохранить, разработчиками не поясняется.

Авторы Концепции, аргументируя целесообразность введения лицензионного порядка, ссылаются на значительное сокращение сроков для получения права недропользования. Быстро получить желаемое право — это, конечно, очень хорошо, однако в этом случае его можно также быстро потерять. Ведь лицензия, по крайней мере, в понимании казахстанского законодательства — это публично-правовой разрешительный документ, который в одностороннем порядке предоставляется и отзывается государством.

При лицензионном порядке, если лицензия понимается как административный акт, а не документ договорного характера, защищенность инвестора невелика, прежде всего, потому что он не имеет возможности обсуж-

дать условия лицензии, не может предусмотреть рассмотрение споров в арбитраже, что в условиях высокой корруптированности казахстанских судов создает дополнительный риск утраты этой лицензии (по данным международных экспертов Transparency International, на 2014 год Казахстан занимает 126-е место в рейтинге стран мира по уровню восприятия коррупции). Кроме того, в отличие от договора, лицензия, будучи, по крайней мере, в казахстанской правовой действительности административным актом, не стабилизируется.

Что касается опыта зарубежных стран, на который ссылаются разработчики Концепции, то в некоторых странах работа даже на основе лицензии не означает административного характера взаимоотношений между государством и недропользователем. Так, в Норвегии действует концессионная система недропользования, хотя формально называется лицензионной. По сути, государство заключает гражданско-правовой договор с недропользователем, детально прорабатывая его условия и жестко контролируя их выполнение¹.

Если в Концепции идет речь о такого рода правоотношениях, то непонятно, зачем усложнять ситуацию, создавать искусственные надуманные конструкции и вводить лицензию как документ договорного характера при существующем в стране правовом регулировании лицензий как разрешительного документа публично-правовой природы, особенно с учетом того, что общее правопонимание по этому вопросу совпадает с тем, что определено законодательством.

В Казахстане уже была попытка ввести лицензионный порядок предоставления права недропользования (с 1994 по 1999 годы), но действовали лицензии в совокупности с контрактами, и думается, что происходило это именно потому, что лицензия всегда воспринималась как разрешение, в указанном случае — разрешение на заключение контракта на определенных условиях в лицензии базовых условиях. Контракт должен был соответствовать условиям лицензии, отзыв лицензии влек прекращение контракта. Ни к чему хорошему это не привело, изменения контракта чаще всего требовали изменений условий лицензии, лицензионный и ком-

петентный орган не всегда совпадали, был период, когда лицензии изменялись только по специальному постановлению правительства РК, в результате на практике недропользование постоянно осуществлялось с нарушением условий лицензии, под угрозой ее отзыва. В конце концов, от выдачи лицензий отказались, и все вздохнули свободнее.

С учетом всего сказанного переход от контракта к лицензии, скорее всего, станет еще одной, вероятнее всего, неудачной попыткой использования в Казахстане правового инструмента, применяемого в других странах, в их правовой системе, который по своему содержанию, природе и законодательному регулированию не соответствует правовому режиму лицензий по казахстанскому праву. Спрашивается — зачем пытаться установить специальное регулирование для лицензии в недропользовании, ссылаясь на Австралию, Норвегию, Канаду и т.д., и каждый раз доказывать, что она носит договорный характер, когда в казахстанском законодательстве для таких случаев есть договор (контракт).

Мы понимаем, что контракт на недропользование при том правовом регулировании и при той практике применения законодательства, которые существуют в последние годы, тоже не самый совершенный инструмент. Однако, на наш взгляд, совершенствовать законодательство следует, именно усиливая гражданско-правовую составляющую контракта на недропользование, а не отказываясь от него в пользу публично-правового документа — лицензии.

Что касается более длительных сроков заключения контракта, по сравнению со сроками для выдачи лицензии, то и лицензия, если в ней будут согласовываться все необходимые условия, не будет выдаваться за один день или даже за один месяц.

Мы не исключаем возможность осуществления некоторых операций, не требующих значительных инвестиций и сложного промышленного производства на основе лицензии. Например, на основе лицензии может осуществляться добыча общераспространенных полезных ископаемых в коммерческих целях. Однако в целом, по нашему мнению, отказ от контрактной системы с переходом к лицензионной в существующих в Казахстане реалиях можно расценивать только как «шаг назад».

¹ Смотрите об этом: Кокин В. Н. Недропользование: теоретико-правовой анализ. — М: ООО «Нестор Академик Паблицерз», 2005 год (стр. 131-132).

Как сделать правовые условия осуществления разведки и добычи в Казахстане привлекательными для инвестора? Разработчики Концепции справедливо отмечают, что существующие в Казахстане условия осуществления разведки и добычи являются в настоящее время инвестиционно непривлекательными и предлагают ряд мер, которые, по их мнению, могут улучшить ситуацию.

Помимо прочего, предлагается установить общие правовые условия для осуществления разведки и добычи, среди которых отметим следующие:

- разведка и добыча любых видов полезных ископаемых будет осуществляться в пределах основных групп полезных ископаемых: углеводороды, твердые полезные ископаемые, общераспространенные полезные ископаемые. Исключением из данного списка будут уран, подземные воды, лечебные грязи и геотермальные ресурсы, разведка и добыча которых будет проводиться, исходя из конкретно указанного вида полезного ископаемого на основе специальной лицензии;
- уплата арендных платежей по возрастающим ежегодно ставкам за один блок;
- неограниченный объем геологоразведочных работ;
- отсутствие обязательств по расходам на социально-экономическое развитие региона, обучение местных кадров, на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы и другим расходам, не имеющим прямого отношения к операциям по разведке, в период разведки;
- переход к добыче без выдачи новой лицензии или заключения нового контракта, т.е. проведение разведки и последующей добычи на совмещенной основе.
- отсутствие требований по объему и лимиту добычи (исходя из лучшей мировой практики разработки месторождений), за исключением подземных вод, для которых будет устанавливаться верхний предел водоотбора;
- оплата расходов на социально-экономическое развитие региона, обучение местных кадров, научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы в период добычи в размерах, предусмотренных в Кодексе и т.д.

Предлагается предусмотреть некоторые особые условия для разведки и добычи углеводородного сырья на малоизученных и неперспективных участках, и для твердых полезных ископаемых. То есть, предлагается максимально либерализовать условия осуществления операций по

недропользованию, предоставив недропользователю право самому решать — какие работы ему проводить, в каком размере их финансировать, чего и сколько добывать и т.д. В обеспечение такой возможности предлагается исходить из того, что показатели проектных документов и рабочей программы — это только планируемые, прогнозные показатели, от которых возможны значительные отклонения.

Трудно сказать — во благо или во вред будет обращена подобная «вольница» опять же в условиях именно Казахстана. Возможно, все это приемлемо для «законопослушных» стран с многолетним опытом и традициями ведения частного бизнеса. Наверное, стоит вспомнить, что на первом этапе развития казахстанского законодательства существовал довольно либеральный режим разведки и добычи, без сегодняшней «зарегулированности», когда согласовывались именно минимальные рабочие программы, на основании которых утверждались годовые программы, как правило, с отклонениями от положений контракта и лицензии, вопросы проектных документов почти никак не регулировались законодательством, контроль за недропользованием осуществлялся местными уполномоченными органами и т.д. Все это привело к тому, что работы на месторождениях годами не велись или велись в минимальных объемах, права недропользования многократно перепродавались. В результате отрасль не развивалась теми темпами, которых ожидали, государство начало «закручивать гайки» и не сумело вовремя остановиться. Поскольку закон «отрицания отрицания» никто не отменял, прежде чем бросаться в очередную крайность и предоставлять недропользователям почти нео-

граниченную свободу, следует учесть опыт прошлых лет.

В завершение отдельно остановимся на вопросе перехода, а точнее, возвращения возможности осуществления совмещенной разведки и добычи.

До 2010 года (принятия последнего Закона «О недрах») такая практика в Казахстане существовала и показала, что экономическая модель контракта не может быть разработана для периода добычи, пока полностью не завершена разведка и не утверждены запасы полезных ископаемых, поэтому в любом случае к моменту завершения разведки стороны до перехода к этапу добычи пересогласовывали условия контракта на этап добычи. В то же время, при совмещенной разведке и добыче контракт на добычу уже юридически существует, что защищает инвестора, осуществившего разведку и создает гарантию перехода к этапу добычи.

При действующем в настоящее время регулировании недропользователь, обнаруживший и оценивший месторождение на основании контракта на разведку, имеет исключительное право на заключение контракта на добычу без проведения конкурса — на основе прямых переговоров. Но риск того, что недропользователь и компетентный орган не договорятся по условиям контракта на добычу, и контракт не будет заключен, сохраняется. Соответственно, возможность получения прав на совмещенную разведку и добычу значительно более желательна для инвестора.

Что касается невозможности определения экономических условий ведения добычи до завершения разведки, то эти условия могут определяться опционально, путем установления условных показателей при тех или иных результатах разведки, что используется в международной практике. ■

