

**MENILAI KESELARASAN ANTARA
PENERAPAN *OPEN ACCESS* DAN
UNBUNDLING DALAM PENGELOLAAN
GAS BUMI DENGAN KEBIJAKAN
ENERGI NASIONAL**

PSE – UGM

YOGYAKARTA, 25 AGUSTUS 2014

LATAR BELAKANG

- ❖ Isu dan Permasalahan (Lihat dalam Perpres N0. 1/2014 tentang Pedoman Penyusunan Rencana Umum Energi Nasional):
 - 1) Ketergantungan pada sumber energi minyak
 - 2) Infrastruktur energi
 - 3) Subsidi bahan bakar minyak
 - 4) Harga keekonomian komoditas energi

❖ Disusun Kebijakan Energi Nasional (KEN) dalam Perpres No. 5/2006, meliputi:

- 1) 4 Kebijakan Umum: Penyediaan Energi; Pemanfaatan Energi; **Kebijakan Harga** Keekonomian; Pelestarian Lingkungan
- 2) 4 Kebijakan Pendukung: Pengembangan **Infrastruktur**; Kemitraan Pemerintah-pengusaha; Pemberdayaan Masyarakat; Penelitian Dan Pengembangan.

SASARAN?

Elastisitas energi < 1 pada tahun 2025
&
Optimalisasi energi mix nasional

- ❖ Ada upaya perbaikan melalui RPP KEN meliputi penyempurnaan berikut:
1. Ada 4 lingkup kebijakan utama, yaitu: Ketersediaan Energi, Prioritas Pengembangan Energi, Pemanfaatan Sumber Daya Energi, dan Cadangan Energi Nasional
 2. Ada 6 lingkup kebijakan pendukung: Konservasi dan Diversifikasi; Lingkungan dan Keselamatan; **Harga**-subsidi-insentif; **Infrastruktur-Akses** Masyarakat-industri Energi; Penelitian Dan Pengembangan; Kelembagaan.

- ❖ Ada penyempurnaan sasaran dalam RPP, dengan memasukkan:
 - 1) Tujuan mewujudkan kemandirian energi
 - 2) Mewujudkan kemandirian energi
 - 3) Mendukung pembangunan nasional berkelanjutan
 - 4) Penetapan energi sebagai modal pembangunan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat
- ❖ Sasaran ini sekaligus berlaku sebagai PEDOMAN
- ❖ KEN mutlak harus merepresentasikan muatan UUDNRI Tahun 1945.

KEBIJAKAN INFRASTRUKTUR (HILIR) GAS BUMI

- ❖ Infrastruktur (hilir) gas bumi di Indonesia belum berkembang secara masif dan masih ada gap antara kebutuhan dengan ketersediaan.
- ❖ OKI, dibutuhkan perencanaan tata kelola gas nasional.
- ❖ Perpres No. 1/2014 mengatur bahwa penyusunan rencana energi harus melihat Kondisi Energi Nasional saat ini, meliputi: indikator energi, indikator lingkungan, dan **indikator sosio-ekonomi**.

Bagaimana pengaturan tata kelola gas saat ini....?

- ❖ Pengelolaan hilir Gas Bumi saat ini menggunakan skema *open access* dan *unbundling*.
- ❖ *Open access* secara historis berasal dari konsep pengangkutan gas bumi melalui pipa yang bertitik tolak pada **prinsip pemanfaatan bersama** fasilitas pengangkutan.

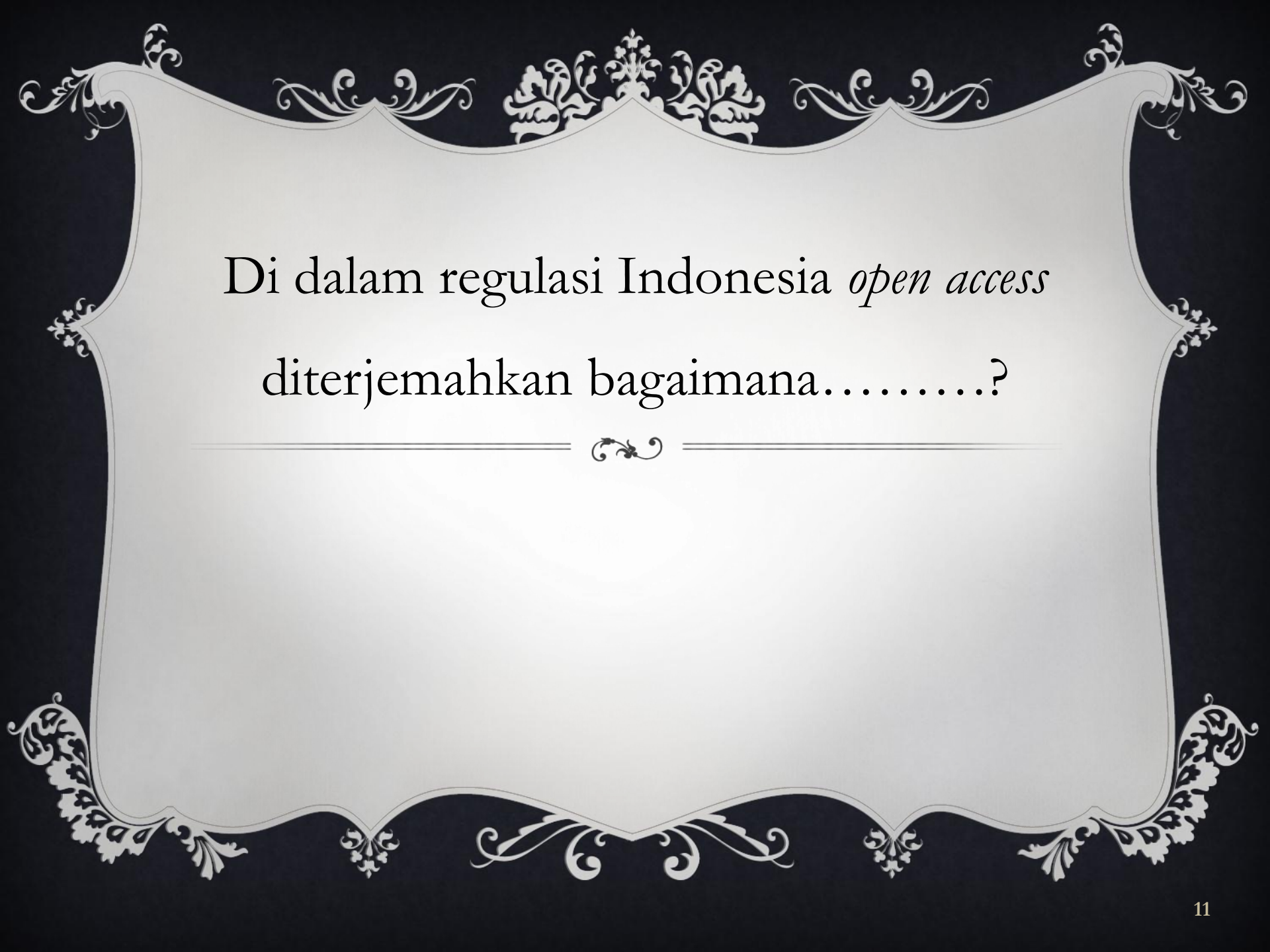
❖ Di dalam praktik internasional terdapat 4 skema pemanfaatan bersama, yaitu:

1. **Negotiated Access**, suatu Badan usaha secara sukarela membagi pemanfaatan fasilitas dengan pihak lain melalui skema *business to business* berdasarkan perjanjian, **tanpa ada regulasi yang mewajibkan** pemilik fasilitas untuk membagi pemanfaatan dengan badan usaha lain.

Jadi, dalam skema ini pemilik fasilitas mempunyai hak untuk memutuskan akan membagi/tidak pemanfaatan fasilitas miliknya kepada pihak lain dan tidak ada sanksi jika tidak melakukannya.

2. **Third-party Access**, dimana terdapat regulasi yang mewajibkan badan usaha pemilik fasilitas pengangkutan untuk membagi pemanfaatan bersama pihak lain; **apabila masih ada kapasitas lebih** yang dapat digunakan oleh pihak lain. Dengan kata lain, pemanfaatan bersama dibatasi oleh besarnya kapasitas fasilitas yang masih tersedia. Pemanfaatan bersama bisa dilakukan jika sudah ada persetujuan dari pemilik fasilitas, pengguna dan regulator.

2. **Common Carriage**, fasilitas pipa **diwajibkan** untuk dapat diakses seluruh pengguna **tanpa batasan kapasitas**. Dasar penggunaan melalui penyesuaian alokasi kapasitas pengguna, jadi prinsip adalah semua harus dapat menggunakan **melalui penyesuaian kapasitas**. Dengan kata lain, siapapun pengguna yang memenuhi syarat berhak mendapatkan akses untuk menggunakan fasilitas dengan konsekuensi mengurangi alokasi penggunaan fasilitas oleh pihak lain.
3. **Open access**, fasilitas yang dibangun oleh suatu Badan Usaha dimanfaatkan bersama dengan prinsip *first come first serve*. **Regulasi mewajibkan** pemilik fasilitas pengangkutan membagi pemanfaatan fasilitas **selama masih dalam batas maksimum kapasitas**. Skema ini **sekaligus memisahkan** antara pengelola fasilitas (**Transponder**) dan pengguna (**Shipper**).



Di dalam regulasi Indonesia *open access*
diterjemahkan bagaimana.....?

Versi UU Migas

❖ Pasal 8 ayat (3) berbunyi: “*Kegiatan usaha Pengangkutan Gas Bumi melalui pipa yang menyangkut kepentingan umum, pengusahaannya diatur agar pemanfaatannya terbuka bagi semua pemakai*”.

❖ Penjelasan berbunyi: “... *pemanfaatannya perlu diatur dan diawasi dalam rangka menjamin perlakuan pelayanan yang sama terhadap para pemakainya*”.

❖ Kesimpulan: skema dalam UU Migas sesungguhnya condong pada **Common Carriage**.

Versi Peraturan Derivat/Turunan

1. Skema pemanfaatan bersama di PP 67/2002 adalah **Common Carriage**. Terdapat di Penjelasan Umum berbunyi “.... *kegiatan pengangkutan gas bumi agar pemanfaatannya **terbuka bagi semua pemakai***”.
2. Skema di PP 36/2004 adalah **Third-party Access**. Terdapat di Penjelasan di Penjelasan Pasal 31 ayat (1) berbunyi “.... *terhadap fasilitas Pengangkutan Melalui Pipa yang mempunyai kapasitas lebih **dapat** dimanfaatkan pihak lain tanpa mengganggu kegiatan operasional pemilik. .. pihak lain yang akan memanfaatkan fasilitas harus mempertimbangkan kepentingan keekonomian pemilik fasilitas antara lain tingkat pengembalian investasi (*rate of return*)*”.

Lanjut, Versi Peraturan Derivat...

3. Skema pemanfaatan Kepmen ESDM 1321K/20/MEM/2005 tegas menggunakan istilah *open access*.
4. Skema pemanfaatan bersama dalam Peraturan BPH Migas No. 11/2007 tegas menggunakan istilah *open access*.
5. Peraturan BPH Migas No.15/2008 dari segi istilah dan konsep tegas merupakan bentuk *open access*.
6. Skema pemanfaatan bersama di Permen ESDM 19/2009 ialah bentuk *open access*, kecuali dapat berbentuk *dedicated hilir*, (pemakaian sendiri) untuk Badan Usaha yang tidak dapat memanfaatkan Pipa Transmisi dan/atau Pipa Distribusi secara bersama disuatu Wilayah Niaga Tertentu akibat kendala teknis dan ekonomis.

Menunjukkan permasalahan....

- ❖ Hukum Indonesia belum sepakat dalam mengatur penggunaan istilah maupun makna untuk memaknai **PEMANFAATAN TERBUKA** yang dimaksud oleh Pasal 8 ayat (3) UU Migas.
- ❖ Peraturan derivat mayoritas condong mengartikan pemanfaatan terbuka sebagai *open access*, namun apabila ingin konsisten dengan maksud dari UU Migas, maka istilah yang digunakan seharusnya adalah *common carriage*.

Permasalahan Efficacy (Daya Guna) Pengaturan *Open Access* Dalam UU Migas

- ❖ *Efficacy* merujuk pada tujuan akhir, yaitu **UU tersebut ditaati**. Untuk itu, maka UU harus pasti dan tidak membuka peluang untuk ditafsirkan lain (prinsip *certainty*) sehingga **mudah mengoperasionalkannya**.
- ❖ **Issue: apakah norma *open access* dalam UU Migas memenuhi prinsip *certainty*?**
- ❖ Pasal 8 ayat (3) yang berbunyi “*Kegiatan usaha Pengangkutan Gas Bumi melalui pipa yang menyangkut kepentingan umum, pengusahaannya diatur agar pemanfaatannya terbuka bagi semua pemakai*” - membuka dua tafsiran, yaitu:

1. Pemanfaatan terbuka diwajibkan oleh UU **KARENA** mendasarkan pada relevansi usaha erat dengan kepentingan umum.
2. Pemanfaatan terbuka diwajibkan oleh UU, **SEPANJANG** terdapat kepentingan umum yang terkait.

❖ Konsekuensi dari perbedaan kedua tafsiran tersebut:

Apabila makna kedua yang diacu, maka *open access* **bersifat fakultatif** sehingga tidak mengikat karena keberlakuannya mengacu pada ada tidaknya kepentingan umum yang harus diselenggarakan. Sebaliknya, bila makna pertama yang diacu maka *open access* bersifat **imperatif**.

- ❖ Menggunakan metode interpretasi sistematis jelas bukan makna ke-1 yang dimaksud oleh pembentuk UU Migas. Argumentasinya:
Merujuk pada Penjelasan yang berbunyi “**Karena** jaringan pipa Gas Bumi merupakan sarana yang **bersifat monopoli alamiah** maka pemanfaatannya perlu diatur dan diawasi dalam rangka menjamin perlakuan pelayanan yang sama terhadap para pemakainya”.
- ❖ Kesimpulannya, dilihat dari konstruksi pengaturan usaha hilir di dalam UU Migas skema pemanfaatan terbuka tidak dapat dinyatakan sebagai norma yang bersifat imperatif.
- ❖ Terlebih, dalam ilmu hukum, selalu ada sanksi yang selalu mengikuti keberlakuan norma yang bersifat imperatif, namun tidak demikian dengan norma pemanfaatan bersama dimana tidak ada pasal untuk menegakkan ketentuan tersebut.

❖ **Note:** adalah mengaburkan kebenaran jika frase “kepentingan umum” dalam penerapan *open access* ditonjolkan sebagai keberpihakan pada kepentingan rakyat. Argumentasinya:

UU Migas sudah secara tegas membatasi sasarannya dalam Penjelasan pasal 8 ayat (3) berbunyi “*Selanjutnya yang dimaksud dengan kepentingan umum dalam ketentuan ini adalah kepentingan produsen, konsumen dan masyarakat lainnya yang berhubungan dengan kegiatan Pengangkutan Gas Bumi*”. Adapun **konsumen** di Permen ESDM No. 19/2009 misalnya diartikan sebagai pengguna gas melalui pipa yang memiliki perikatan dengan badan usaha. Artinya, penerima manfaat bukan rakyat sebagaimana dimaksud oleh Pasal 33 ayat (3) UUD 45.



*Bagaimana dengan penerapan unbundling
di Indonesia.....?*

KONSEP *UNBUNDLING*

❖ Konsep dasar dari *unbundling* ialah **SKEMA PEMISAHAN (*SPIN OFF*)**, dalam hal ini antara kegiatan niaga (suplai) dan kegiatan infrastruktur (pengangkutan) gas bumi (*non horizontal integration*). Dalilnya adalah agar tercapai transparansi, independensi, dan persaingan yang sehat.

❖ Dalam praktik pengelolaan gas bumi di Eropa dikenal 4 bentuk *Unbundling*, yaitu:

1. **Account unbundling:** keuangan dari kegiatan infrastruktur harus terpisah dari keuangan kegiatan suplai
2. **Functional unbundling:** keuangan maupun manajemen kegiatan infrastruktur harus dipisah dari kegiatan suplai

3. **Legal Unbundling:** kegiatan infrastruktur dan kegiatan suplai masing-masing berada dibawah bendera entitas legal yang berbeda. Namun, masih dapat berada dalam struktur perusahaan induk, sehingga perusahaan induk masih memiliki kepemilikan.

4. **Ownership Unbundling:** kegiatan infrastruktur dan kegiatan suplai harus dilakukan dan dimiliki oleh entitas yang berbeda dan masing-masing entitas ini tidak boleh mempunyai kepemilikan di dalam sekaligus kedua aktivitas tersebut.

❖ note: Peraturan derivat mengharuskan bentuk **Ownership Unbundling**.



Bagaimana Hukum Indonesia
Memaknai *Spin Off*

Versi UU Migas

1. Pasal 1 Ayat (10) UU Migas berbunyi “Kegiatan Usaha Hilir adalah kegiatan usaha yang berintikan atau bertumpu pada kegiatan usaha Pengolahan, Pengangkutan, Penyimpanan, **dan/atau** Niaga”.

❖ Artinya, UU membolehkan suatu badan usaha untuk hanya bergerak **di salah satu kegiatan usaha saja atau memilih melakukan lebih dari satu dan bahkan semua** kegiatan usaha. (frasa “dan/atau” dimaknai oleh UU 12/2011 sebagai opsi yang dapat berupa alternatif sekaligus kumulatif)

→ lihat butir 264

Versi Peraturan Derivat

Penjelasan Pasal 14 **PP 36/04** ayat (1) huruf b mengatur prinsip usaha terpisah (*unbundling*) untuk usaha pengangkutan melalui pipa.

Tujuan: mendorong persaingan usaha yang wajar dan sehat serta untuk meningkatkan efisiensi penggunaan prasarana serta mutu pelayanan.

Issue: (a) bagaimana kekuatan mengikat dari Penjelasan? (b) Konfirmasi tujuan yang didalilkan dengan peraturan perundang-undangan terkait.

2. *Unbundling* secara tekstual ada di Pasal 10, **namun terbatas pemisahan kegiatan usaha hulu dan hilir** (*non vertical integration*). Norma di pasal ini yang sifatnya imperatif.

❖ Secara tekstual tidak ada keharusan memisahkan usaha niaga dan pengangkutan, dan tidak ada pasal yang melarang skema *bundled* (*prohibire norm*). Tersebut di **Pasal 23 ayat (3)** yang menyatakan “*setiap Badan Usaha dapat diberi lebih dari 1 Izin Usaha sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku*”. Dalam Ilmu Perundang-Undangan ketentuan demikian **bersifat diskresioner**.

2. Permen ESDM 19/2009 di Pasal 15 ayat (1) melarang skema *bundled* antara niaga dan pengangkutan.

- ❖ Menggunakan interpretasi gramatikal, Pasal 23 ayat (3) UU Migas tidak dapat dimaknai sebagai kemutlakan *spin off*, terlebih untuk diterapkan terhadap usaha yang sebelumnya terintegrasi namun kemudian diharuskan untuk dipisah.
- ❖ Secara sistematis, kalimat “dapat diberi” yang dikaitkan dengan letak pasal ini yang berada pada bagian pengaturan pemberian ijin, maka pasal dimaksud dimaknai kebolehan yang didasarkan pada terpenuhinya prasyarat ijin sekaligus tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lainnya yang relevan, misalnya dengan undang-undang praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.
- ❖ Berdasarkan itu dapat disimpulkan bahwa **Pasal 23 ayat (3) tidak dimaksudkan sebagai larangan; dan tidak untuk melahirkan peraturan lebih rendah yang melarang integrasi usaha tersebut (*bundled*).**

ISSUE

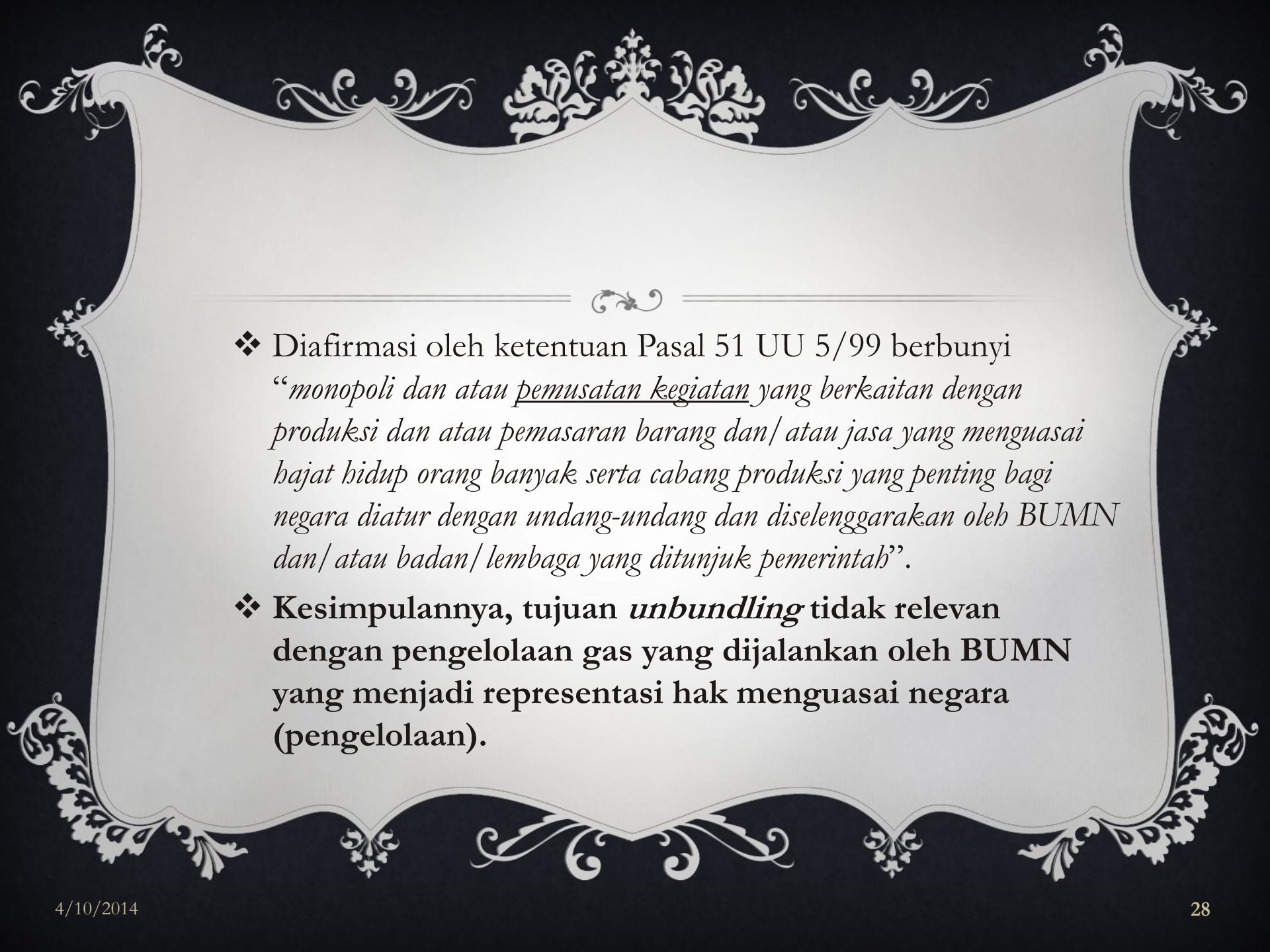
1. Bagaimana kekuatan mengikat dari Penjelasan?

- ❖ Butir 176 UU 12/2011: penjelasan berfungsi sebagai tafsir resmi pembentuk peraturan perUUan atas norma dalam Batang Tubuh. OKI, fungsinya hanya memperjelas.
- ❖ Butir 177: penjelasan tidak dapat digunakan sebagai dasar hukum untuk membuat peraturan lebih lanjut dan tidak boleh mencantumkan rumusan yang berisi norma.
- ❖ Butir 178: Penjelasan tidak berisi perubahan terselubung terhadap peraturan perUUan.
- ❖ **Kesimpulan: ketentuan *unbundling* dalam penjelasan PP 36/04 adalah cacat yuridis dan peraturan derivat lainnya yang mendasarkan pada PP tersebut cacat materil.**

2. Apakah pemberlakuan *unbundling* (demi persaingan usaha yang wajar dan sehat), selaras dengan peraturan perundang-undangan terkait.

Tidak selaras dengan UU 5/99 dan UU 19/03, argumentasinya:

- ❖ Larangan praktik monopoli dan pemusatan kekuatan ekonomi **dikecualikan** dalam hal perbuatan tersebut bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 50 butir a). Peraturan tersebut adalah UU 19/2003 di Pasal 2 butir c yang menyatakan BUMN dibentuk untuk pemenuhan hajat hidup orang banyak. Terkait itu, UU Migas tegas menyatakan gas bumi adalah komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak.

- 
- ❖ Diafirmasi oleh ketentuan Pasal 51 UU 5/99 berbunyi “*monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan/ atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh BUMN dan/ atau badan/ lembaga yang ditunjuk pemerintah*”.
- ❖ Kesimpulannya, tujuan ***unbundling*** tidak relevan dengan pengelolaan gas yang dijalankan oleh BUMN yang menjadi representasi hak menguasai negara (pengelolaan).

EKSES TERHADAP REALISASI KEN

1. Keterjangkauan gas terutama terkait dengan aspek harga tidak tercapai. Unbundling menciptakan rantai usaha yang panjang sehingga harga gas bumi akan semakin mahal, dan akan berimbas terhadap konsumen (baik pelaku usaha maupun masyarakat).
2. Bagi BUMN yang menerapkan mekanisme “subsidi silang” antara laba usaha pengangkutan dan niaga akan ada potensi stagnasi/tidak dapat masif membangun fasilitas pipa, akibat diberlakukannya *unbundling*. Padahal, infrastruktur bersifat vital untuk menjamin ketersediaan gas.
3. Kondisi di atas kontraproduktif dengan perwujudan target energi mix nasional untuk mengurangi beban APBN dan membebaskan negara dari ketergantungan impor minyak.
4. Menyebabkan in-efisiensi pengelolaan BUMN karena keberadaan dua perusahaan yang terpisah (Ownership Unbundling).

KONKLUSI

- ❖ Pengaturan *Open Access* dan *Unbundling* yang saat ini berlaku tidak selaras dengan kebijakan energi nasional, terutama dalam hal pengembangan infrastruktur dan pembentukan harga keekonomian gas yang mengakomodasi kepentingan rakyat.

Indonesia Butuh Pembentukan Tata Kelola Gas Bumi

1. Butuh upaya memperjelas norma mengenai “*pemanfaatan terbuka*” dengan mengamandemen Pasal 8 ayat (3) UU Migas, dan menambahkan skema yang dipilih. Dalam hal ini, **Third-party Access** dengan syarat tarif ditentukan oleh pemerintah lebih merepresentasikan kepentingan nasional.
2. Terkait *unbundling*, pengaturan yang bersifat diskresioner di Pasal 23 UU Migas sudah tepat. Terlebih jika ingin menjaga integritasnya dengan penguatan penguasaan Negara terhadap pengelolaan gas bumi melalui BUMN. Yang perlu diberlakukan adalah menertibkan pengaturan *unbundling* dengan menghapus pengaturan yang bersifat imperative yang diberlakukan oleh peraturan derivat terhadap seluruh Badan Usaha (termasuk BUMN), misalnya dengan baju hukum berupa PP.