

## La mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable en République Démocratique du Congo

By *Yves-Junior Mananza Lumingu\** and *Dieu-Merci Ngusu Masuta\*\**

**Abstract:** With almost half of the continental water supply, the Democratic Republic of the Congo (DRC) still ever remains one of the countries with relatively a low access to safe drinking water for the population. It is this paradox that this paper aims to analyze. The main question is about the real impact of the constitutional recognition of a right of access to safe drinking water and the role of the public authorities in the implementation of this human right. The exercise consists and proceeds by a brief explanation and analysis of the content and implications of what should be considered as a “right of access to safe drinking water” before standing on the evaluation of the roles of different and main public actors involved in the process of implementing this right. It emphasizes on the three classic Institutions of the State, excluding, however, under the bloc of Executive Power, the President of the Republic who has a residual regulatory power. If the legislative and executive Powers show some weaknesses in the implementation of this right, not only because of the delay which characterizes their various actions, but also and especially because of a notorious absence of a political implication, the judicial Power seems to be actually inactive although the great mission of protecting and guaranteeing fundamental rights and public liberties that the Constitution has assigned to it. However, this attitude should not be ascribed to the judicial Power, noticing an alarming lack of a culture to claim on behalf of the population which is its beneficiary. Thus, in spite of the nature of this right which subjects it to the principle of "progressive execution", it cannot be allowed any inaction, delay or fitful and insufficient interventions on behalf of those public actors which should really take an advantage of all potentialities of this country to provide Congolese people with a safe drinking water supply.

**Résumé :** Avec près de la moitié des réserves d'eaux continentales, la République Démocratique du Congo (RDC) reste toutefois un pays dont le taux d'accès de la population à l'eau potable est relativement faible. C'est ce paradoxe que la présente

\* Professeur aux Facultés de droit de l'Université de Kikwit et de l'Université Catholique du Congo (RD Congo) ; Chercheur à la Chaire de droit civil et droit du travail de l'Université de Würzburg (Allemagne) et membre du Groupe d'études franco-allemand sur le contentieux du travail (GEFACT) ; E-Mail : yves.mananza@gmail.com.

\*\* Licencié (Bac+5) en droit économique et social, Chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Kikwit ; E-Mail : ngusumasuta@gmail.com.

réflexion vise à analyser. Elle s'interroge sur l'impact réel de la consécration constitutionnelle d'un droit d'accès à l'eau potable et sur le rôle des pouvoirs publics dans la mise en œuvre de ce droit.

\*\*\*

## A. Introduction

Considéré comme indice ou avancée significative dans la lutte contre la pauvreté tant dans le cadre des Objectifs du Développement Durable que dans celui de programmes gouvernementaux visant l'amélioration de la qualité de vie en RDC,<sup>1</sup> l'accès à l'eau potable constitue une des prérogatives indispensables à l'homme et sans lesquelles le droit à la vie ne serait qu'un leurre. Ainsi, l'Etat congolais a perçu l'impérieuse nécessité de consacrer et de garantir à tout Congolais un droit d'accès à l'eau potable.

La consécration de ce droit traduit la détermination, bien que formelle,<sup>2</sup> de l'Etat congolais de garantir et de protéger le droit à la vie. Elle constitue également un gage essentiel à l'amélioration des conditions économiques et sociales des Congolais. Toutefois, il sied d'indiquer que le droit à la vie – droit primaire auquel se greffent les autres droits secondaires – ne saurait être garanti par la seule consécration, même constitutionnelle, des autres droits. Au-delà de cette consécration, il faudrait veiller à la mise en œuvre effective des droits proclamés.

En effet, la République démocratique du Congo dispose d'une importante réserve d'eau de surface du continent africain. Le fleuve Congo, qui traverse le pays sur 4.700 km, est le deuxième fleuve le plus important du monde en termes de débit. Grâce à ses immenses forêts et au climat tropical qui caractérisent le pays, 70 % des ressources en eau renouvelables proviennent des pluies régulières et abondantes (en moyenne 1.545 mm/an). Or, malgré ces richesses en eau, seule la moitié de la population congolaise a accès à l'eau potable. Ce taux d'accès à l'eau potable, estimé à 22 % en 2007 et à 50 % en 2017,<sup>3</sup> serait même inférieur à celui de la plupart des pays sahariens.<sup>4</sup>

Aussi, partant de ce paradoxe entre l'immensité des ressources en eau dont dispose le pays et le faible taux d'accès des Congolais à l'eau potable, la présente réflexion se propose-t-elle d'une part, d'examiner l'impact de l'érection de cette prérogative en droit humain autonome, et d'autre part d'évaluer les rôles des acteurs – spécialement étatiques – chargés de la mise en œuvre de ce droit. Ainsi, après une brève explication de ce qu'il con-

1 Cf. *Ministère de l'énergie et des ressources hydrauliques (MERH)*, Politique Nationale du Service Public de l'Eau (PNSPE), Kinshasa 2016, p. 16 ; Joseph Cihunda Hengelela, Adoption d'un code de l'eau : une solution à l'approvisionnement en eau potable en RDC ? Exemple de la ville de Kinshasa, Librairie africaine d'études juridiques 15 (2013), p. 61.

2 Cf. Ambroise Kamukuny Mukinay, Droit constitutionnel congolais, Kinshasa 2011, p. 324.

3 Voy. Cihunda Hengelela, note 1, p. 67.

4 Cf. Matadi Nenga Gamanda, Préambule de la PNSPE, in : MERH, note 1, p. 6.

viendra d'entendre par le droit d'accès à l'eau potable, il sera question d'exposer et d'évaluer les rôles des acteurs impliqués dans le processus de sa mise en œuvre.

## B. Essai de compréhension du droit d'accès à l'eau potable

Comprendre le droit d'accès à l'eau potable nécessite à la fois de rechercher le sous-basement juridique de ce droit et de déterminer le sens que lui donnent les différents instruments qui le consacrent.

### I. Cadre normatif

Le droit d'accès à l'eau potable fait partie des droits économiques, sociaux et culturels. Ceux-ci sont définis comme des prérogatives garanties et reconnues à un individu par le droit – en l'occurrence par des textes juridiques tant internationaux de portée universelle<sup>5</sup> ou régionale<sup>6</sup> que nationaux – tendant à lui assurer la satisfaction des besoins d'ordre économique et social.<sup>7</sup>

Si le droit d'accès à l'eau potable n'est pas expressément cité en tant que droit de l'homme autonome dans les instruments juridiques internationaux, il est toutefois considéré comme « une composante implicite du droit à un niveau de vie suffisant »<sup>8</sup> prévu à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou encore comme l'un des « facteurs fondamentaux déterminants de la santé »<sup>9</sup> au sens de l'article 12 du même Pacte et jouit en tant que tel de la même protection reconnue à ces droits. Sur le plan national, le droit d'accès à l'eau potable est consacré à l'article 48 de la Constitution congolaise du 18 février 2006 ensemble avec le droit à l'énergie électrique et le droit à un logement décent. Les modalités d'exercice de ce droit sont fixées, conformément à la Constitution, par la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau.

5 Déclaration Universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

6 Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, Charte sociale européenne, etc.

7 Cf. *Kamukuny Mukinay*, note 2, p. 314.

8 *Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 15 sur le droit à l'eau, Genève 2002, p. 2 ; *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, Le droit à l'eau. Fiche d'information n° 35, Genève, pp. 3-5. Le même raisonnement se retrouve aussi dans l'approche suivie par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples pour la prise en compte des droits économiques, sociaux et culturels non prévus par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment le droit à l'eau et à l'assainissement. Cf. *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, Principes et lignes directrices sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Banjul 2011, § 87; voy. aussi *Emmanuel Guématcha*, La justicierabilité des droits sociaux en Afrique. L'exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, *La Revue des Droits de l'Homme* 1 (2012), pp. 154-157.

9 *Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Observation générale n° 14. Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, Genève 2000, § 11.

## *II. Notion et contenu du droit d'accès à l'eau potable*

D'emblée, il convient de noter que le droit d'accès à l'eau potable n'a pas été défini par la Constitution qui ne s'est limitée qu'à le garantir. La loi n°15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau qui a pourtant comme objectifs notamment de fixer les modalités d'exercice de ce droit ne le définit pas non plus. Ce silence du législateur congolais sur la définition de ce droit nous amène à recourir à d'autres sources pour en chercher la portée sémantique.

Ainsi, l'Observation générale n° 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels définit le droit d'accès à l'eau potable comme un droit qui « consiste à un approvisionnement suffisant physiquement accessible et à coût abordable, d'eau salubre et de qualité acceptable pour les usages domestiques et personnels de chacun ».<sup>10</sup> A la lumière de cette définition, le droit d'accès à l'eau potable peut être compris comme une prérogative reconnue à toute personne de disposer de l'eau nécessaire à sa subsistance et à son existence. Il s'agit d'un ensemble des facilités accordées aux citoyens pour accéder à l'eau potable<sup>11</sup> suivant les caractéristiques ci-après :

### 1. La salubrité

Le droit d'accès à l'eau potable garantit l'accès à une eau salubre, c'est-à-dire celle qui ne contient pas de microbes et qui ne peut donner des maladies. C'est une eau ayant les caractéristiques microbiennes, chimiques et techniques qui répondent aux normes de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ainsi qu'aux normes nationales.<sup>12</sup> Elle doit avoir une couleur, une odeur et un goût acceptables pour chaque usage personnel ou domestique.<sup>13</sup>

La salubrité constitue donc une qualité qui s'en tient aux normes hygiéniques. Dans ce sens, l'article 59 al. 1 de la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau dispose que « toute personne physique ou morale, privée ou publique, chargée de la production, du transport ou de la distribution de l'eau de consommation s'assure que l'eau ainsi produite, transportée et distribuée est conforme aux normes de potabilité. Elle met en place des moyens internes adéquats de suivi de la qualité de l'eau ».

Ainsi, le Ministre ayant le service public de l'eau dans ses attributions est tenu de déterminer les procédures d'agrément des méthodes utilisées afin d'assurer la potabilité de l'eau destinée à la consommation (article 59 al. 2). Enfin, la qualité de l'eau fait l'objet des contrôles périodiques réalisés par les organismes agréés à cet effet conformément à l'article 60 de la même loi.

10 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 2.

11 Cf. *Cihunda Hengelela*, note 1, p. 63.

12 Cf. *MERH*, note 1, pp. 8 et 10.

13 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 6 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, note 8, § 90.

## 2. La disponibilité

Le législateur congolais n'a pas expressément déterminé la quantité d'eau dont devrait disposer un individu pour jouir de son droit d'accès à l'eau potable. Pour sa part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels soutient que « l'eau disponible pour chaque personne doit être suffisante et constante pour les usages personnels et domestiques, qui sont normalement la consommation, l'assainissement individuel, le lavage du linge, la préparation des aliments ainsi que l'hygiène ».<sup>14</sup>

Si le caractère constant peut être compris comme faisant référence à l'accès à un approvisionnement ininterrompu en eau nécessaire, le terme suffisant paraît plutôt imprécis. Pour la détermination du volume d'eau nécessaire, le Comité renvoie aux directives de l'OMS en la matière. Selon ces directives et celles de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), la quantité de 20 à 50 litres d'eau salubre par jour et par personne serait nécessaire pour satisfaire les besoins essentiels.<sup>15</sup> Enfin, suivant la Politique nationale du service public de l'eau (PNSPE) élaborée par le Ministère de l'énergie et des ressources hydrauliques (MERH), une quantité de 20 litres par habitant et par jour suffirait, une quantité de 20 litres par habitant et par jour suffirait.<sup>16</sup>

## 3. L'accessibilité

Reconnaitre à quelqu'un le droit d'accès à l'eau potable implique en conséquence l'obligation de lui accorder la facilité d'y accéder. Ce droit d'accès universel et équitable comporte plusieurs dimensions, notamment physique et économique.

L'accès physique à l'eau potable s'entend ainsi comme « la possibilité pour une personne d'accéder à une source d'eau potable répondant aux caractéristiques suivantes :

- être un raccordement domestique partagé par les membres d'une famille (...) ou partagé par plusieurs familles (...) situé à l'intérieur ou à proximité de la parcelle de résidence ; ou être une borne fontaine ou un branchement public dans des quartiers à faible revenus, ne servant pas plus de 400 utilisateurs par robinet, situé à moins de 250 mètres du lieu d'habitation ; être une source aménagée ou un puits ouvert protégé ne servant pas plus de 400 utilisateurs, situé à moins de 250 mètres du lieu d'habitation ;
- avoir une pression entre 2 kg/cm<sup>2</sup> et 4 kg/cm<sup>2</sup> ;
- offrir sans interruption 20 litres d'eau potable par habitant et par jour ;
- fournir une eau d'une qualité au moins conforme aux normes OMS et normes nationales ;
- être régulée et surveillée en termes de qualité, de normes techniques et de tarification ;

14 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 5.

15 OMS, Directives de qualité pour l'eau de boisson, Genève 2017, p. 81; Programme mondial de l'UNESCO pour l'évaluation des ressources en eau, Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau 2019: Ne laisser personne pour compte, Paris 2019, p. 107.

16 MERH, note 1, p. 8.

- avoir un coût, y compris celui de l'assainissement, constituant moins de 5% des revenus mensuels d'un ménage ;
- être culturellement acceptable (en matière spirituelle, religieuse, éthique) »<sup>17</sup>.

Les pouvoirs publics doivent ainsi veiller à ce que l'accès aux services publics de l'eau soit facile. Autrement dit, les installations de distribution de l'eau potable doivent être proches des bénéficiaires et accessibles sans danger pour ces derniers.

Toutefois, il sied de rappeler que le Constituant congolais n'institue pas ici un droit d'accéder gratuitement aux services de distribution d'eau potable. Bien au contraire, les coûts directs et indirects qu'implique l'approvisionnement en eau « doivent être couverts de façon pérenne par un effort de chacun »,<sup>18</sup> conformément à l'article 84 al. 2 et 3 de la loi relative à l'eau. Ainsi, tous les usagers, y compris les instances officielles et les ayants droit, doivent s'acquitter de leur facture de consommation d'eau. Ce système d'autofinance assure la durabilité et l'universalité de l'approvisionnement en eau potable. La tarification du service doit permettre le recouvrement des coûts (de fonctionnement, de maintenance et du renouvellement des infrastructures) à travers une gestion efficiente.<sup>19</sup> En outre, l'ouverture de ce secteur à l'initiative privée suppose que les investisseurs intéressés puissent non seulement amortir leurs investissements, supporter les différentes charges mais aussi et surtout réaliser quelques bénéfices dans les limites acceptables.<sup>20</sup>

Sur le plan d'une analyse-critique, il ne s'agit pas en réalité de l'eau que les consommateurs achètent. C'est plutôt le coût de l'industrie (la production, le traitement, le transport et la distribution d'eau ainsi que l'assainissement des installations) qu'ils sont censés supporter. Dès lors, ce coût ne doit pas constituer un handicap pour certains ; il doit être abordable et ne doit pas, selon le Ministère de l'énergie et des ressources hydrauliques, dépasser 5% des revenus mensuels d'un ménage.<sup>21</sup> C'est pour cette raison que les tarifs de l'eau sont fixés selon les principes de vérité des prix, d'égalité, d'équité et de non-transférabilité des charges (art. 85 de la loi relative à l'eau). Il s'agit là de la dimension économique du droit d'accès à l'eau potable qui se réfère à la nécessité de fournir de l'eau à un coût abordable pour tous.

17 MERH, note 1, p. 8.

18 Cf. Marc Gentilini, Préface du Rapport de Henri Smets, Le droit à l'eau dans les législations nationales. Rapport à l'Agence Française du Développement (AFD), Lyon 2006, p.12.

19 MERH, note 1, p. 44.

20 Dans ce sens, *Symphorien Kapinga Nkashama*, Le droit d'accès à l'énergie électrique à la lumière de la loi n°14/011 du 17 juin 2014 relative au secteur de l'électricité en République Démocratique du Congo, Librairie Africaine d'études juridiques 1 (2015), p. 147.

21 La Politique nationale du service public de l'eau (PNSPE) s'est inspirée de la Résolution des Nations Unies du 3 août 2010 sur la notion de « coûts abordables » ainsi que de l'interprétation de la Banque Mondiale avec la référence de 5%. Cf. MERH, note 1, p. 18.

#### 4. L'usage d'eau à des fins domestiques

Il ressort de ce qui précède que le droit d'accès à l'eau potable concerne avant tout l'eau pour la consommation. Cette affirmation résulte du principe de « priorisation des usages de l'eau »<sup>22</sup> tel qu'exprimé par les articles 12 al. 3 in fine et 58 de la loi relative à l'eau. Une lecture croisée de ces dispositions révèle que ce droit appartient aux usagers personnels et domestiques. En effet, l'article 12 al. 3 dispose que « (...) l'alimentation en eau potable est prioritaire à tout autre usage » et l'article 58 établit un ordre de priorité des usages dans lequel celui de l'eau à des fins domestiques pour la consommation, l'hygiène et autres besoins des ménages occupe la première place.

De ce fait, peut-on conclure que le droit d'accès à l'eau potable est reconnu uniquement aux personnes physiques, ou mieux aux seuls usagers personnels excluant les autres personnes, telles que les entreprises de manufacture ?

Considérant l'usage fréquent par la loi relative à l'eau et le document de politique nationale du service public de l'eau ainsi que l'Observation générale n° 15 ci-dessus évoqués des mots « ménage », « fins domestiques », « usages personnels et domestiques », « assainissement individuel », etc. – expressions de portée très restrictive –, une telle conclusion apparaît plausible. Bien plus, la détermination de la quantité de 20 ou 50 litres d'eau par habitant ci-dessus indiquée en est la preuve évidente. Pourtant l'admission d'autres personnes telles que les entreprises de manufacture ou d'usine se justifierait dans la mesure où cette eau, quoiqu'affectée à des fins commerciales, leur servirait à la fabrication ou préparation des produits alimentaires, à l'exemple des boîtes de conserve, des biscuits, des sandwichs, de diverses boissons, etc. mais aussi à la prestation de certains services comme le lavage du linge. Cela vaut *mutatis mutandis* pour les hôpitaux et autres institutions médicales. Ces différents usages ou besoins constituent justement la portée objective ou matérielle de ce droit.<sup>23</sup> C'est dire qu'à partir du moment où le but ultime sera, sans équivoquer, de couvrir les besoins dont la satisfaction est directement garantie par le droit d'accès à l'eau potable, une extension de sa portée personnelle devrait être admise.

### C. La mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable : les acteurs et leurs rôles

Dans son discours prononcé à l'occasion de la 61<sup>ème</sup> Session de la Commission des Droits de l'Homme tenue à Genève le 17 avril 2005, Koffi Annan, alors Secrétaire Général de l'O.N.U. déclarait que « si les soixante dernières années se sont concentrées sur l'élaboration d'un corps de règles destinées à protéger les droits de l'homme qui a produit un cadre normatif remarquable de lois, de normes et de mécanismes, à commencer par la Déclaration

22 Selon ce principe, l'usage de l'eau à des fins domestiques pour la consommation, l'hygiène et autres besoins de ménages est prioritaire à tous les autres usages. Cf. *MERH*, note 1, p. 24.

23 Cf. notamment *Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, note 8, p. 5.

Universelle des Droits de l'Homme, il est temps d'entrer dans une nouvelle ère, orientée vers la mise en œuvre ».<sup>24</sup>

Cet extrait illustre bien l'état des lieux sur l'effectivité des droits de l'homme et résume la difficulté qu'éprouvent les Etats pour la mise en œuvre de ces droits nonobstant leur détermination formelle à cet effet. La situation apparaît quelque peu délicate et s'accentue pour les droits qui supposeraient une intervention active de l'Etat pour être mis en œuvre<sup>25</sup> contrairement à certaines libertés traditionnelles exigeant de l'Etat la simple obligation d'abstention.

La consécration constitutionnelle du droit d'accès à l'eau potable constitue certes une avancée significative. Toutefois, pour en assurer l'effectivité, l'Etat est tenu de garantir son exercice et de prendre des mesures nécessaires pour une couverture adéquate des besoins en eau de toutes les catégories des consommateurs. Cette obligation découle non seulement de la Constitution, mais aussi des engagements internationaux pris par l'Etat congolais, notamment en tant que partie au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.<sup>26</sup>

Ainsi, les développements qui suivent seront consacrés à l'analyse et à l'évaluation des rôles des pouvoirs publics dans la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable en République Démocratique du Congo. Sont visés ici les trois pouvoirs classiques, chacun dans les limites de ses attributions.

### *I. Le pouvoir législatif*

Il ressort de la lecture du dernier alinéa de l'article 48 de la Constitution que la responsabilité, ou mieux le rôle principal du pouvoir législatif consiste en la fixation ou détermination, au moyen d'une loi, des modalités d'exercice du droit d'accès à l'eau potable. En outre, chargés d'approuver le budget national,<sup>27</sup> l'Assemblée nationale et le Sénat devraient veiller à ce qu'une partie importante des ressources nationales disponibles soit affectée pour la mise en œuvre de ce droit<sup>28</sup>. Ils devraient veiller également à l'exécution effective ou à la destination de cette affectation dans le cadre du pouvoir de contrôle dont ils disposent sur le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et services publics en vertu de l'article 100 de la Constitution, et voter, le cas échéant, des motions de censure ou

24 Nations Unies, Koffi Annan plaide pour une réforme en profondeur de la Commission des droits de l'homme, New York, Service de l'information, le 7 avril 2005.

25 Tatiana Gründler, Le droit à la protection de la santé, Revue des droits de l'homme 1 (2012), p. 214.

26 Cf. art. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, pp. 8ss.

27 Cf. art. 126 de la Constitution.

28 Voy. dans le même sens, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Questions fréquemment posées concernant les droits économiques, sociaux et culturels. Fiche d'information n° 33, Genève 2005, p. 36.

de défiance à l'encontre du Gouvernement ou de ses membres fautifs conformément aux articles 138, 146 et 147 de la Constitution. Dans le même ordre d'idées, ces développements peuvent être transposés aux Assemblées provinciales ainsi qu'aux autres organes délibérants des entités territoriales décentralisées (ETD).<sup>29</sup>

Il sied ici d'examiner l'intervention du législateur dans sa mission de fixation des modalités d'exercice du droit d'accès à l'eau potable, à travers l'adoption en 2015, soit 9 ans après la promulgation de la Constitution, de la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau qui mérite quelques commentaires.

### 1. Du contexte d'adoption de la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau

Plusieurs raisons justifient l'adoption de la loi relative à l'eau. En plus de l'obligation prévue à l'article 48 de la Constitution, il convient de noter la nature éparsé et inadaptée des normes juridiques régissant le secteur concerné<sup>30</sup> ainsi que le faible taux d'accès des Congolais à l'eau potable, surtout dans les milieux ruraux.<sup>31</sup> Ainsi, pour relever tous ces défis, il était nécessaire de se doter d'une législation nouvelle, ayant notamment pour objectifs de :

- résoudre le problème de cadre juridique et institutionnel inadapté ainsi que du faible taux d'accès à l'eau potable ;
- rendre performant le secteur ;
- attirer, à travers des mesures de sécurisation, les investisseurs vers le secteur et favoriser une émergence hydrique nationale par le recours à la formule du partenariat public/privé.

### 2. Du contenu de la loi

La loi relative à l'eau regorge un certain nombre d'avancées qui peuvent se résumer en la consécration du service public de l'eau d'une part et en une large ouverture de ce secteur à l'initiative privée d'autre part.

#### a) Le service public de l'eau

Le législateur congolais définit le service public de l'eau comme « l'ensemble d'actions comprenant la production, le transport et la distribution de l'eau potable à la population ».<sup>32</sup> Ce service relève du pouvoir central, de la province et de l'entité territoriale décentralisée, chacun dans les limites de ses compétences et attributions.<sup>33</sup>

29 Lire utilement les articles 197 et 198 de la Constitution congolaise.

30 Exposé des motifs de la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau, paragraphe 3.

31 Cf. MERH, note 1, pp. 6, 15 et 17.

32 Art. 3 point 36 de la loi relative à l'eau.

33 Cf. art. 70 de la loi relative à l'eau.

Le service public est ici à comprendre selon son acception fonctionnelle, c'est-à-dire toute activité qui concourt à la réalisation ou à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, à savoir l'accès de tous les Congolais à l'eau potable, sans tenir compte de la qualité publique ou privée de la personne chargée de l'exécuter.<sup>34</sup> C'est qu'il s'agit de l'activité qui doit être considérée comme service public et non la personne qui l'exerce. Et l'intérêt de cette érection réside notamment dans le mode ainsi que les principes de fonctionnement d'un service public. Au nombre de ces principes, il y a l'égalité et l'équité entre les usagers, la continuité ainsi que l'adaptation des services à l'évolution des besoins.<sup>35</sup>

Le principe d'égalité et équité entre usagers requiert un traitement juste, équitable et neutre à l'égard de tous les usagers de ce service se trouvant dans la même situation. Ce principe milite contre toute forme de discrimination entre les usagers. Quant au principe de continuité, il oblige que le service public de l'eau soit assuré de manière permanente, sans interruption, sauf en cas de force majeure ou autre cause dûment justifiée.<sup>36</sup> Ainsi, l'interruption non justifiée de la fourniture d'eau aux consommateurs est érigée en infraction sanctionnée conformément aux dispositions de l'article 117 de la loi relative à l'eau. Enfin, le principe d'adaptabilité postule que tout service public de l'eau potable s'adapte au contexte local, notamment la capacité de paiement des services par les usagers (avec une attention particulière portée aux ménages défavorisés, tels que les ménages gérés par les veuves et/ou avec des personnes à mobilité réduite) et des technologies appropriées pour un meilleur rendement.<sup>37</sup>

Un autre élément qui sous-tendrait cette érection est le souci de faire bénéficier aux opérateurs économiques du secteur, tant publics que privés, des servitudes aux fins d'accomplir les opérations de production, de transport et de distribution de l'eau potable aux consommateurs. Il en est ainsi de la servitude prévue à l'article 44 de la loi relative à l'eau dont la violation est punie par l'article 114 de la même loi.

#### b) L'ouverture du secteur de l'eau à l'initiative privée

Institué depuis 1966, le monopole de l'Etat sur la production, le transport et la distribution de l'eau potable sur toute l'étendue du territoire national n'a guère tardé de présenter des faiblesses au point d'apparaître dépassé par rapport aux idéologies de plus en plus en vogue, notamment au contexte de la libéralisation. En effet, « la gestion par l'Etat congolais de ce secteur n'a pas permis aux populations d'accéder à l'eau en termes de qualité, de quantité et de régularité ».<sup>38</sup> Cet échec, imputable au Service National d'Hydraulique Ru-

34 Cf. *Félix Vunduawe-Te-Pemako*, Traité de droit administratif, Bruxelles 2007, p. 554.

35 Cf. art. 71 al. 2 de la loi relative à l'eau.

36 Cf. *MERH*, note 1, p. 25; *Vunduawe-Te-Pemako*, note 34, p. 562, en déduit le principe de fonctionnement ponctuel et régulier, c'est-à-dire l'ouverture des bureaux et autres bâtiments à l'heure et qui ne peuvent se fermer de manière anticipée.

37 Cf. *MERH*, note 1, p. 26.

38 *Cihunda Hengelela*, note 1, p. 71.

rale (SNHR) ainsi qu'à la Régie de distribution d'eau (REGIDESO), bénéficiaires de ce monopole, sous-tend l'option levée par le législateur d'ouvrir largement ce secteur à l'initiative privée.<sup>39</sup>

Par cette ouverture, le législateur entend rendre attractif et performant ce secteur en faisant recours aux opérateurs privés et en le soumettant au régime de la concurrence. L'intérêt de cette réforme réside dans le souci de garantir l'accès à l'eau potable à tous les Congolais grâce à la compétitivité créée entre les opérateurs concernés ainsi qu'aux effets positifs consécutifs tant sur la qualité, la régularité que sur le prix de l'eau potable.<sup>40</sup>

Concrètement, le recours à la formule du partenariat public/privé est incarné par les trois régimes juridiques établis en vue de l'exploitation de ce secteur ainsi que par la responsabilisation des autorités publiques locales dans le processus du choix de ces régimes. Autrement dit, les opérateurs économiques, nationaux ou étrangers, désireux d'opérer dans ce secteur doivent choisir l'un de ces trois régimes juridiques organisés : la déclaration, l'autorisation et la concession<sup>41</sup> qui constituent respectivement des actes unilatéraux ou contractuel – pour le dernier – faisant intervenir les autorités nationales, provinciales et locales, chacune dans les limites de ses compétences.<sup>42</sup> Toutefois, l'éligibilité au régime de la concession des ressources en eau est réservée aux seules personnes physiques de nationalité congolaise ou morales de droit congolais, subordonnée cependant aux conditions d'avoir une résidence ou un domicile connu en République démocratique du Congo, de présenter la preuve de son inscription au registre de commerce et de crédit mobilier, s'il s'agit d'une personne exerçant le commerce et de justifier d'une capacité technique et financière éprouvée pour sa mise en valeur.<sup>43</sup>

Nonobstant les effets positifs attachés indubitablement à cette ouverture, elle nécessite un encadrement particulier en vue de préserver ce secteur, aussi vital pour les congolais, contre l'investissement des entrepreneurs amateurs.<sup>44</sup> Ainsi, outre l'obligation de se soumettre à l'un des régimes juridiques prévus, qui s'analyse comme le tout premier rempart contre ce danger, le législateur prévoit d'autres règles et mécanismes, notamment en ce qui concerne la fixation des prix ou tarifs,<sup>45</sup> le contrôle de ces derniers et le règlement des

39 Cf. notamment Exposé des motifs de la loi relative à l'eau ainsi que les articles 22 et suivants de la même loi.

40 *Cihunda Hengelela*, note 1, p. 71 établit une analogie avec le secteur des télécommunications pour expliquer ces effets positifs : « Le premier exemple de réussite dans le processus de libéralisation (de fait) des secteurs qui constituaient autrefois les monopoles de l'Etat est celui de la téléphonie. Depuis la libéralisation du secteur, la concurrence entre les entreprises telles que Airtel, Vodacom, Tigo et Congo-Chine Télécom (CCT) avait non seulement fait baisser le coût de la communication mais aussi celui du téléphone mobile en RDC ».

41 Cf. art. 3 points 10, 13 et 14 ainsi que les articles 21 et suivants de la loi relative à l'eau.

42 Lire utilement les articles 23 et 72 de la loi relative à l'eau.

43 Cf. art. 26 de la loi relative à l'eau.

44 Cf. *Cihunda Hengelela*, note 1, p.72.

45 Lire les articles 84 à 89 de la loi relative à l'eau.

éventuels conflits<sup>46</sup> pouvant surgir entre les opérateurs économiques à l'occasion de l'exercice de leurs activités et/ou entre eux et les consommateurs.

En résumé, la loi relative à l'eau constitue un instrument juridique par l'entremise duquel le législateur entend fixer les modalités concrètes d'exercice du droit d'accès à l'eau potable. Cette loi a le mérite d'avoir érigé en service public de l'eau les activités se rapportant à ce secteur et d'avoir ouvert le secteur à l'initiative privée en établissant différents régimes juridiques à l'intention des opérateurs économiques et en déterminant clairement les droits et obligations des uns et des autres. En outre, elle définit les principes de réforme entreprise, à savoir la décentralisation des compétences en matière d'eau potable, la redevabilité des acteurs impliqués et le renforcement des droits des usagers.<sup>47</sup> Enfin, l'adoption de cette loi, bien que tardive, constitue un effort louable du législateur congolais, même si elle présente des lacunes en ce qui concerne la mission de contrôler et de s'assurer de l'affection d'une importante partie du budget par le Gouvernement pour la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable. Son efficacité reste donc tributaire de sa mise en application effective, notamment par le pouvoir exécutif.

## *II. L'Exécutif*

L'exécutif congolais étant bicéphale, tout essai d'analyse de son rôle dans la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable ne gagnerait en clarté que lorsqu'il consacrera de manière spécifique des développements sur chacune de ses deux composantes. Cependant, eu égard à l'importance notable du pouvoir réglementaire détenu par le Premier Ministre, Chef du Gouvernement, par rapport au Président de la République qui en a certes, mais de manière plus ou moins résiduelle ou réduite,<sup>48</sup> un accent particulier mérite d'être porté sur le rôle du seul Gouvernement dans le cadre de la présente étude.

En effet, bien que le Président de la République, en sa qualité de Chef d'Etat, apparaisse comme le premier responsable de la garantie des droits fondamentaux reconnus par la Constitution, l'exercice d'une telle responsabilité dans le domaine de la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable ne serait cependant possible qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle ou légale lui octroyant expressément cette compétence, étant donné que l'article 69 de la Constitution n'a pas pour vocation de faire de lui une autorité compétente en toute matière. Par conséquent, les lignes qui suivent seront consacrées à l'analyse du rôle du Gouvernement dans la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable – d'abord le Gouvernement central, et dans une certaine mesure les gouvernements provinciaux ainsi que le collège exécutif des entités administratives décentralisées.

46 Art. 14, 75 et 106 – 108 de la loi relative à l'eau.

47 Voir aussi *MERH*, note 1, pp. 6 et 8.

48 Lire utilement l'art. 92 de la Constitution. Voy. aussi *Vunduawe-Te-Pemako*, note 34, pp. 40, 59, 337 et 338.

Par ailleurs, si le rôle du pouvoir législatif a été clairement et directement défini par la Constitution qui consacre ce droit, celui du Gouvernement en résulte dans la grande majorité de la loi relative à l'eau et peut se résumer en deux : les interventions juridiques ou normatives et les interventions matérielles ou économiques.

### 1. Les interventions juridiques

Conçue dans l'optique du renforcement de la redevabilité des acteurs publics impliqués ainsi que des droits des usagers (cf. supra), la loi relative à l'eau établit une forte décentralisation des compétences en matière d'eau potable dont la mise en œuvre constitue essentiellement le rôle à jouer par ces autorités titulaires de ces compétences. Ces compétences concernent notamment le règlement des différends, la fixation des tarifs de l'eau ainsi que la maîtrise d'ouvrage et la définition de la Politique nationale du service public de l'eau.

#### a) Les interventions relatives aux mécanismes de règlement des différends

L'une des conséquences de l'ouverture du service public de l'eau à l'initiative privée est sans nul doute l'intervention de différents opérateurs économiques, ce qui crée un environnement concurrentiel, généralement caractérisé par la recherche et/ou la protection des intérêts qui pourraient s'avérer quelquefois opposés. Dès lors, l'éventuelle survenance des conflits entre ces opérateurs et/ou entre eux et les consommateurs de ce service public pourrait comporter des effets nocifs à l'égard de l'objectif poursuivi par cette ouverture, au cas où ces conflits ne seraient pas bien résolus.

En principe, le règlement de ces différends serait soumis à la procédure normale du droit commun. Toutefois, eu égard à la spécificité et à l'importance accordée à cette activité, il est prévu une dérogation au droit commun. Il s'agit de l'institution de deux organes, à savoir : l'Autorité de régulation du service public de l'eau (ARSPE)<sup>49</sup> et l'Organisme consultatif (OC),<sup>50</sup> auxquels sont attribués des compétences d'assurer la conciliation préalable de ces litiges.<sup>51</sup> Il s'ensuit que l'institution de ces organes, mais surtout la fixation des règles relatives à leur organisation ainsi qu'à leur fonctionnement – qui incombent au Gouvernement central et au Gouvernement provincial pour l'OC et au premier seulement pour l'ARSPE – constituent un impératif et un gage de sécurité tant pour les opérateurs économiques que pour les usagers de ce service.

49 Art. 75 de la loi relative à l'eau.

50 Art. 14 de la loi relative à l'eau.

51 Cf. art. 106 de la loi relative à l'eau. Il convient de préciser que l'OC concilie les parties sur les conflits portant uniquement sur les ensembles hydrographiques (art. 4 litera f) tandis que l'ARSPE procède à la conciliation préalable des différends entre opérateurs d'une part, et entre opérateurs et consommateurs du service public de l'eau d'autre part (art. 75 point 4), donc ceux portant sur un objet autre que les ensembles hydrauliques.

b) Les interventions se rapportant à la tarification du service public de l'eau

Aux termes de l'article 84 de la loi relative à l'eau, « le service public de l'eau est accessible à tous. Il n'est pas gratuit. Son prix est déterminé par un tarif. Les tarifs de consommation d'eau sont calculés de manière transparente, afin de couvrir l'ensemble des coûts supportés par leurs gestionnaires, sans toutefois dépasser les coûts autorisés ». Il se dégage de cette disposition que les tarifs de l'eau sont fixés par les opérateurs économiques non pas dans le respect des coûts autorisés, mais plutôt en suivant les règles et les modalités de fixation<sup>52</sup> déterminées par l'arrêté conjoint des Ministres ayant respectivement le service public de l'eau et l'économie dans leurs attributions. Et les règles et modalités de tarification ainsi définies sont mises en application par le gouvernement provincial et le collège exécutif de l'entité territoriale décentralisée conformément à l'article 89 de la même loi.

c) Les interventions relatives à la maîtrise d'ouvrage et à la définition de la Politique nationale du service public de l'eau

Dans le cadre de la décentralisation des compétences introduite par la loi relative à l'eau, les responsabilités de la maîtrise d'ouvrage sont assumées respectivement par le Gouvernement provincial et le collège exécutif de l'entité territoriale décentralisée, dans les limites de leurs compétences et attributions respectives (art. 72). Pour rappel, le maître d'ouvrage est l'autorité contractante pour le compte de laquelle l'exécution des travaux ou la fourniture d'équipement est réalisée (art. 3 point 27). Il est responsable du développement, de la réhabilitation et de l'extension des installations et des services, et doit s'assurer que toutes les mesures nécessaires à leur protection, à leur bon fonctionnement et à leur entretien sont mises en œuvre. Il peut dans ce cadre conclure le contrat pour le compte de l'Etat, à l'instar de l'affermage.

Précisons que le Gouvernement provincial assume la maîtrise d'ouvrage pour les ouvrages et infrastructures financés par lui ou classés d'intérêt provincial, et cette responsabilité est confiée au Ministère provincial en charge du service public de l'eau. Toutefois, lorsque ces ouvrages et infrastructures couvrent plusieurs provinces, il appartient aux ministères provinciaux concernés d'en définir les modalités de la maîtrise d'ouvrage. Ces développements s'appliquent *mutatis mutandis* aux entités territoriales décentralisées, avec ces précisions que l'organe qui assure cette maîtrise est le bureau de l'eau et que pour une ville cette responsabilité est assumée par l'organe compétent de cette ville au bénéfice de ses communautés.<sup>53</sup>

52 Cette précision résulte de l'article 86 de la loi relative à l'eau et de l'article 8 de la loi n° 18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence. Ainsi, les termes « coûts autorisés » employés par l'article 84 al. 4 ci-haut libellé semblent non appropriés en ce que le rôle des pouvoirs publics ne consiste pas à autoriser les coûts, mais plutôt à en déterminer les règles et modalités de fixation. Le législateur aurait donc dû employer ici les termes « marges bénéficiaires ou limites autorisées ».

53 Cf. MERH, note 1, pp. 30 et 31.

Par ailleurs, le Gouvernement central a également l'obligation de définir, conformément aux principes d'égalité et d'équité entre les usagers, de continuité et d'adaptation des services à l'évolution des besoins, une PNSPE dont il devra assurer la mise en œuvre avec le Gouvernement provincial et le collège exécutif de l'entité territoriale décentralisée.<sup>54</sup> Notons qu'il s'est acquitté de cette obligation six mois après la promulgation de cette loi, soit en juin 2016. Cette politique élaborée dans un contexte largement inclusif<sup>55</sup> par le Ministère de l'énergie et des ressources hydrauliques avec l'appui de la coopération allemande à travers le Projet d'appui à la réforme du secteur de l'eau (RESE), se fixe plusieurs objectifs importants pour la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable à atteindre d'ici 2030.<sup>56</sup>

## 2. Les interventions matérielles ou économiques

A l'opposé des interventions juridiques qui se traduisent par des décisions des autorités exécutives et de l'administration publique, les interventions économiques postulent des actions concrètes de la part de ces autorités. Ces actions peuvent revêtir la forme des investissements directs ou indirects, des subventions ou aides publiques conformément aux programmes par eux arrêtés. Ainsi la Politique nationale du service public de l'eau prévoit que le Gouvernement national, la province ainsi que les entités territoriales décentralisées allouent au minimum trois pourcents de leurs budgets respectifs au développement du service public de l'eau. La situation des démunis et nécessiteux devrait aussi constituer leur préoccupation.

Ce bref aperçu du rôle du pouvoir exécutif permet de s'interroger sur ce qui arriverait en cas de violation du droit d'accès à l'eau potable, ou mieux la garantie juridique accordée aux citoyens congolais face aux éventuelles violations de ce droit.

## *III. Le pouvoir judiciaire*

La protection juridictionnelle ou la justiciabilité des droits économiques et sociaux, dont le droit d'accès à l'eau potable constitue une composante, est une question fortement controversée. D'où la nécessité de présenter d'abord ce concept avant d'en vérifier l'état de la question en droit congolais.

### 1. Quelques considérations sur le concept « justiciabilité »

La justiciabilité peut se définir comme la possibilité reconnue au titulaire d'un droit de recourir à un organe juridictionnel pour obtenir de lui, le respect dudit droit, et dans le cas échéant, la réparation des dommages résultant de sa violation. C'est dire qu'un droit est jus-

54 Art. 71 de la loi relative à l'eau.

55 Cf. MERH, note 1, p. 14.

56 MERH, note 1, p. 23.

ticipable lorsque son titulaire peut l'invoquer devant un organe judiciaire ou quasi-judiciaire chargé du contrôle de son respect et/ou de la constatation de sa violation.<sup>57</sup> De manière concrète, c'est la possibilité pour l'individu ou le groupe dont le droit serait violé de saisir le juge pour lui demander d'annuler l'acte qui porte préjudice ou de condamner la personne (publique ou privée) pour des dommages subis à la suite de la violation de son droit.<sup>58</sup>

Appliquée aux droits économiques et sociaux, la question de la justiciabilité fait l'objet d'une vieille controverse doctrinale. Pour certains auteurs,<sup>59</sup> la nature vague et le caractère programmatoire de ces droits ainsi que les coûts nécessaires à leur réalisation ne sauraient légitimer l'intervention du juge pour statuer sur le respect ou non de leurs garanties. Ainsi, se fondant sur la distinction entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques, sociaux et culturels de l'autre, ces auteurs estiment que cette distinction ne devrait nullement dépendre des notions abstraites. Bien au contraire, elle comporterait des implications très concrètes : alors que le respect des droits civils ne coûterait pas de l'argent à l'Etat, l'octroi des droits économiques et sociaux en revanche nécessiterait de sa part des efforts de nature financière. Par conséquent, seuls les droits de première catégorie seraient justiciables. L'on constate donc que cette position doctrinale fonde son argumentation d'une part sur la séparation rigide des droits de l'homme, quoiqu'elle en admette l'interdépendance, et d'autre part sur les implications financières nécessaires à la mise en œuvre des droits sociaux.

En revanche, plusieurs voix,<sup>60</sup> influencées par l'idéologie de l'indivisibilité et interdépendance de tous les droits de l'homme,<sup>61</sup> réfutent cette théorie et soutiennent la justiciabilité des droits économiques et sociaux. Ces auteurs mettent plutôt en évidence la triple obligation de l'Etat<sup>62</sup> pour toutes les catégories confondues : l'obligation de *respecter*, se traduisant par une abstention d'entraver l'exercice du droit, celle de *protéger* qui se concrétise par le devoir assigné à l'Etat d'empêcher les entraves à l'exercice des droits ou à les prévenir, d'accorder au détenteur du droit la possibilité d'obtenir la réparation des dom-

57 Guématcha, note 8, p. 140.

58 Cf. *Bernard Nthahiraja / Nestor Nkurunziza*, L'Etat et les droits sociaux de ses citoyens. Cas du droit à la santé au Burundi, Librairie Africaine d'Etudes Juridiques 7 (2011), pp. 28-29.

59 Voir notamment *Marc Bossuyt*, La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, Revue des droits de l'homme VII n° spécial (1975), p. 790.

60 Voir notamment *Nikitas Aliprantis*, Les droits sociaux sont justiciables, Droit social (2016), p. 158; *Henry Shue*, The interdependence of Duties, in P. Alston / K. Tomasevski (eds.), The Right to Food, Dordrecht 1984, pp. 37ss; *Mirja Trilsch*, La judiciarisation du droit à la santé. Quelles perspectives pour la procédure de communications individuelles devant el Comité des droits économiques, sociaux et culturels?, Revue de droit international et de droit comparé 1 (2015), p. 59.

61 Lire à ce propos le paragraphe 8 du préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; voy. aussi *Hocine Ait Ahmed*, L'afro-fascisme : les droits de l'Homme dans la Charte et la pratique de l'O.U.A., Paris 1980, p. 29.

62 *Gründler*, note 25, p. 220.

mages subis, s'il échait, et enfin, celle de *mettre en œuvre*, qui exige certaines prestations de la part de l'Etat.<sup>63</sup> C'est dans cet ordre d'idée que Henry SHUE<sup>64</sup> tenta de démontrer que les droits sociaux ne sont pas les seuls dont la réalisation requiert des moyens financiers. En effet, souligne-t-il, les droits à la sécurité physique (*les droits à la vie, à la sécurité et à la liberté de mouvement*) requièrent que l'Etat mette en place une police et les institutions judiciaires chargées d'en réprimer les éventuelles atteintes. Enfin, s'agissant particulièrement du droit d'accès à l'eau potable, ne devrait-on pas admettre sa justiciabilité ne serait-ce qu'en se fondant sur la relation qu'il entretient avec le droit à la vie,<sup>65</sup> considéré comme « l'archétype des droits civils et politiques »<sup>66</sup> ?

A ce stade, la question qui se pose est celle de savoir si une personne qui serait sans accès à l'eau potable, ou qui en aurait l'accès mais subirait des atteintes peut ester en justice. Dans l'hypothèse de l'affirmative, contre qui et sur quelle base juridique devrait-t-elle fonder son action ? En effet, affirmer que le droit d'accès à l'eau potable est justiciable implique qu'il faille préciser tous les éléments propres à une procédure judiciaire, à savoir la loi ou l'intérêt juridique violé, les comportements reprochés, le sujet juridique qui en est l'auteur/responsable ou celui chargé de prévenir ces abus et les éventuelles sanctions encourues. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de la traiter en la circonscrivant dans le système juridique national donné.

## 2. Etat de la question en droit congolais

L'article 150 al. 1 de la Constitution fait du pouvoir judiciaire le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens. On pourrait sans nul doute déduire de cette disposition la volonté du constituant d'assurer à tous les droits fondamentaux reconnus aux citoyens une protection juridictionnelle,<sup>67</sup> et donc la justiciabilité du droit d'accès à l'eau potable. Cette disposition, qui reste conforme à la conception indivisible et interdépendante des droits de l'homme, pourrait être considérée, avec les dispositions perti-

<sup>63</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, pp. 9-11.

<sup>64</sup> Shue, note 59, pp. 37-38. Pour démontrer sa thèse, l'auteur évoque la nécessité pour l'Etat de prendre un certain nombre d'actions positives ayant pour but d'assurer la sécurité et de préserver l'intégrité physique des citoyens, ce qui implique des ressources nécessaires pour entretenir les forces de l'ordre, les juridictions pénales et leur personnel, les services pénitentiaires, les écoles de formation de la police, etc. Voir aussi dans le même sens Tatiana Gründler, La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux, Revue des droits de l'homme n° 1 (2012), p. 114 qui fait notamment allusion à l'impact financier du droit à un procès équitable.

<sup>65</sup> Il est en effet clair que le défaut d'accès à l'eau potable peut non seulement affecter la qualité de la vie, mais aussi la mettre en péril. Dans ce cas, garantir le droit à la vie sans assurer la mise en œuvre effective des droits qui lui sont connexes tels que le droit à la protection de la santé, le droit d'accès à l'eau potable, etc. ne saurait réellement protéger la valeur visée.

<sup>66</sup> Gründler, note 25, p. 220.

<sup>67</sup> Voy. aussi Kennedy Kihangi Bindu, La justiciabilité du droit à l'environnement sain consacré par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 en République Démocratique du Congo, RCDA 1 (2013), p. 26.

nentes du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, comme la base légale pour toute personne ou tout groupe dont le droit à l'eau serait enfreint d'avoir accès à des recours judiciaires ou autres, à l'échelle nationale et internationale.<sup>68</sup>

Toutefois, l'effectivité de ces recours est soumise à diverses contingences dues à la mauvaise foi des acteurs qui refusent délibérément d'invoquer ou de faire appliquer par les juridictions nationales les normes internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne.<sup>69</sup> Pourtant, les obligations juridiques spécifiques des Etats parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels requièrent de chaque Etat qu'il encourage les juges, magistrats et autres professionnels de la justice à s'intéresser davantage, dans l'exercice de leurs fonctions, aux atteintes aux droits garantis dans le Pacte, en l'occurrence au droit d'accès à l'eau, et à prendre, le cas échéant, les mesures de réparation adéquates.<sup>70</sup>

C'est à juste titre que le législateur congolais prévoit la possibilité pour toute personne physique ou morale, toute association représentative des communautés locales, ou toute organisation non gouvernementale nationale agréée d'ester en justice contre toute violation des dispositions de la loi relative à l'eau ou de ses mesures d'application, ou contre toute atteinte aux dispositions des accords et conventions internationaux ratifiés par la République Démocratique du Congo.<sup>71</sup> Il sied cependant de distinguer la situation des atteintes subies par les personnes ayant déjà accès – physique et financier – à ce droit de celle des personnes qui n'en ont pas encore, et discuter enfin sur la nature de ce manque d'accès pour en tirer des conséquences plausibles.

#### a) Cas des personnes ayant déjà accès à l'eau potable

Les atteintes ou violations pour le cas des personnes ayant accès à l'eau potable peuvent se comprendre comme tout acte posé par une personne, physique ou morale, privée ou publique qui contredit l'une des caractéristiques du droit d'accès à l'eau potable ci-dessus analysées : la potabilité de l'eau garantie, l'accès physique, la quantité, le coût, etc. Concrètement, il peut s'agir des actes ci-après érigés en infraction par la loi relative à l'eau : le jet par une personne dans l'eau des substances quelconques dont l'action ou réaction entraînent ou sont susceptibles d'entraîner, même provisoirement, des effets nuisibles à la santé (art. 110) ; la fourniture par toute personne de l'eau hors normes de potabilité (art. 115) ; la destruction ou le sabotage des ouvrages de captage, de traitement et de distribution d'eau (art. 116) ; l'endommagement des équipements de raccordement et de comptage placés dans les installations des utilisateurs (art. 118) ; l'interruption sans motif valable de

68 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 18.

69 Sur la place des traités et accords internationaux dans l'ordre juridique national en République Démocratique du Congo, lire l'article 215 de la Constitution.

70 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 18.

71 Art. 108 de la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau.

la fourniture d'eau aux consommateurs (art. 117). Les peines prévues respectivement pour ces différentes infractions sont également applicables à tout agent public de l'Etat qui en aura facilité ou couvert la commission, nonobstant les sanctions disciplinaires prévues par la législation pertinente en vigueur (art. 120).

Considérant que ces différentes atteintes constituent des infractions qui engagent la responsabilité pénale des auteurs et, le cas échéant, leur responsabilité civile constituant une indemnisation allouée directement aux victimes au titre des éventuels dommages subis, il semble logique d'affirmer la justiciabilité du droit d'accès à l'eau potable en droit congolais. Pour corroborer cette affirmation, il suffit de constater la volonté du législateur de soumettre ces différentes atteintes à un régime spécifique. Il en est ainsi notamment de la dérogation introduite par l'article 116 al. 1 de la loi relative à l'eau en soumettant l'acte de destruction des ouvrages de captage, de traitement et de distribution d'eau au régime pénal de cette loi – au lieu de celui du droit commun, à savoir l'infraction de destruction méchante. Il faut noter aussi les compétences reconnues, en vertu de l'article 119, aux agents et fonctionnaires assermentés de l'administration en charge de la gestion des ressources en eau, de service public de l'eau et/ou d'assainissement en vue de la recherche et de la constatation des infractions ci-dessus énumérées, sans préjudices toutefois des prérogatives reconnues à l'officier du ministère public et aux officiers de police judiciaire à compétence générale.

#### b) Cas spécifique des personnes sans accès à l'eau potable

Le droit d'accès à l'eau potable tire certes son existence de la Constitution. Cependant, peut-on s'en prévaloir à partir de cette seule consécration ? Est-ce uniquement les personnes qui en ont déjà accès qui peuvent s'en prévaloir ? Autrement dit, l'inaccessibilité – physique et/ou financière – à l'eau potable en constitue une violation ?

Partant du postulat que la consécration constitutionnelle du droit d'accès à l'eau potable se fonderait non seulement sur le souci de l'Etat congolais d'assurer à tout citoyen l'accès à ce « bien social et culturel »<sup>72</sup>, mais aussi sur son obligation à respecter ses engagements internationaux en tant qu'Etat partie au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, il apparaît évident et clair que cette inaccessibilité peut s'analyser comme une atteinte portée à ce droit. Sinon, à quoi servirait une telle consécration ou reconnaissance si les pouvoirs n'en trouvaient aucune obligation d'agir ? C'est donc l'inaction de leur part qui devrait s'analyser comme une violation de ce droit.<sup>73</sup>

S'agissant justement de cette obligation d'agir, l'article 2 point 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose que « chacun des Etats parties

72 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, note 8, p. 5.

73 En droit comparé, la constitution Sud-Africaine semble être précise à ce sujet lorsqu'elle prévoit, à la section 26, paragraphe 2 sur le droit au logement, que « *The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right* ».

au présent Pacte s'engage à agir tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption des mesures législatives ». La notion de *réalisation progressive* qui résulte de cette disposition est souvent interprétée comme une bonne excuse accordée aux Etats de ne pas garantir les droits économiques et sociaux tant qu'ils n'auront pas des ressources suffisantes. Elle signifie pourtant que « la manière dont un Etat honore l'obligation qui lui est faite de prendre des mesures appropriées est évaluée à la lumière des ressources financières et autres dont il dispose »,<sup>74</sup> sans que le manque des ressources ne justifie l'inaction ou le report indéfini des efforts à consentir pour assurer le plein exercice des droits garantis.<sup>75</sup>

Dès lors, devrait-on considérer l'inaccessibilité des personnes données à l'eau potable comme une violation de leur droit par l'Etat, violation leur donnant la possibilité de saisir les instances judiciaires, alors qu'il s'agit d'une obligation à exécution progressive, et que cette exécution est évaluée selon les capacités notamment financières de l'Etat avec comme conséquence d'être éventuellement entravée par un manque de ressources ?

A la lumière de l'analyse du rôle des deux précédents acteurs, et en considération du fait que la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable ne peut s'opérationnaliser qu'avec un certain délai,<sup>76</sup> il appert que l'inaction ou le report indéfini des mesures propres à en assurer la mise en œuvre devrait être considérée comme une violation, la mauvaise foi étant manifeste. Néanmoins les sanctions de cette violation seraient essentiellement politiques, ou à quelques exceptions près, judiciaires mais qui ne sauraient être analysées comme éléments de la justiciabilité de ce droit eu égard à leur objectif principal. En effet, il est par exemple prévu que le Gouvernement national, la province ainsi que les entités territoriales décentralisées allouent au minimum trois pourcents de leurs budgets respectifs au développement du service public de l'eau.<sup>77</sup> L'on sait que le défaut d'exécuter cette obligation engendre les sanctions essentiellement politiques, appliquées soit par le parlement ou les organes délibérants de la province ainsi que des entités territoriales décentralisées dans le cadre de leur mission de contrôle, soit par le peuple lui-même lors de l'élection (vote-sanction). A la limite, ce défaut pourrait aussi donner lieu à des poursuites judiciaires, notamment en cas des malversations financières. Cependant la sanction encourue dans cette dernière rubrique ne pourrait être considérée comme la justiciabilité du droit d'accès à l'eau potable en ce sens que son objectif principal est de sanctionner ce détournement si bien qu'indirectement, ce serait de s'assurer que ces sommes soient affectées à la mise en œuvre

74 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, note 28, p. 16 et 18.

75 Voir paragraphe 21 des Principes de Limburg concernant l'application du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, in: *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, Droits économiques, sociaux et culturels. Manuel destiné aux institutions des droits de l'homme. Série sur la formation professionnelle n°12, New York/Genève 2004, p. 131.

76 Cf. *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, note 28, p. 16.

77 Cf. point C.II.2. supra.

de ce droit. De même que l'œuvre de la cour des comptes ne saurait s'analyser comme un élément spécifique de la justiciabilité de ce droit compte tenu de l'issue même de l'action de cette cour.

Tenant compte de toutes ces constellations, il s'avère que la justiciabilité du droit d'accès à l'eau potable en droit congolais, quoique théoriquement concevable, reste encore discutable en pratique. En effet, il n'est pas évident pour un citoyen congolais sans accès à l'eau potable, sauf dans le cas spécifique de nécessité extrême qui mérirerait des nuances, de saisir une juridiction pour obtenir d'elle la condamnation de l'Etat à la fourniture d'eau. Il faudrait, en outre, admettre que l'aboutissement d'une telle action serait tributaire de l'audace du juge qui doit non seulement investiguer pour tenter de trouver ses compétences, mais surtout se permettre, le cas échéant, d'ordonner aux autorités concernées d'exécuter leurs obligations, dans le cas d'espèce de fournir l'eau potable. Malheureusement, cette audace est loin d'être trouvée dans le chef des juges congolais dont les indices de dépendance et de redevabilité envers le pouvoir exécutif sont très remarquables.<sup>78</sup>

### 3. La jurisprudence congolaise

La jurisprudence congolaise n'offre pas encore d'exemples ni pour la première hypothèse, ni moins pour la seconde. Pourtant de tels exemples, surtout pour la seconde hypothèse, assouvirait la soif de ce houleux débat suscitant une vive controverse doctrinale, sinon départagerait les différentes tendances doctrinales. Toutefois, il ne faudrait pas seulement reprocher au juge congolais une hésitation<sup>79</sup> dans ce sens, ou fustiger la formation des autres praticiens du droit sans relever en amont le manque criant de culture de revendication de la part des citoyens congolais.<sup>80</sup>

Sur ce point, l'on peut évoquer une décision révolutionnaire de la Cour constitutionnelle de la République Sud-Africaine du 4 octobre 2000 qui semblait reconnaître la justiciabilité (notamment) du droit d'accès à l'eau.<sup>81</sup> Cette affaire opposait Irene Grootboom et d'autres centaines de personnes déplacées au Gouvernement sud-africain. Les requérants vivaient dans des conditions déplorables dans une zone d'habitat informel appelée Wallacedene. Ils s'installèrent ensuite sur un terrain libre appartenant à un particulier. Expulsés en mai 1999 sur ordre du tribunal de première instance, ils se retrouvèrent abandonnés à leur triste sort : les habitations rasées et incendiées et les biens détruits. C'est alors qu'ils décidèrent de s'installer sur un terrain de sport de Wallacedene et introduisirent à cet effet une requête à la Haute Cour, qui ordonna à l'Etat de leur fournir au minimum des toits, des

78 Voy. aussi *Kamukuny Mukinay*, note 2, pp. 325 et 326.

79 Cf. *Kihangi Bindu*, note 67, p. 26.

80 Cf. *Cihunda Hengelela*, note 1, p. 76.

81 Cf. Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

latrines et de l'eau potable.<sup>82</sup> En réponse au recours déposé par le Gouvernement contre cet arrêt, la Cour constitutionnelle confirma en quelque sorte la décision de la Haute Cour et expliqua que l'Etat devait s'acquitter de l'obligation constitutionnelle qui lui incombe de prendre des mesures nécessaires en vue d'assurer les droits au logement, à la santé, à une alimentation suffisante et à l'eau potable ainsi que le droit à la sécurité sociale, surtout en faveur des personnes qui en ont absolument besoin comme dans le cas d'espèce.<sup>83</sup>

Il se pose toutefois la question de savoir si cet arrêt de la Cour constitutionnelle sud-africaine consacre la justiciabilité des droits invoqués, dont le droit d'accès à l'eau potable, ou si elle ne fait que souligner l'obligation qui incombe à l'Etat (sud-africain) d'assister les indigents nécessiteux. En effet, la décision de la Cour semble mettre l'accent aux nécessiteux, ce qui pourrait être interprété comme une solution qui ne bénéficierait pas automatiquement aux autres personnes n'ayant pas accès à l'eau potable, mais ne se trouvant pas dans cette situation ou dans une situation similaire. Toutefois, la jurisprudence développée par la Cour constitutionnelle au cours des années qui ont suivi cette affaire est plus que claire sur la reconnaissance de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels.<sup>84</sup>

## D. Conclusion

Partant du constat du faible taux d'accès de la population à l'eau potable dans un pays qui dispose d'immenses ressources en eau, cette réflexion s'est évertuée à analyser et à évaluer les rôles des acteurs impliqués dans la mise en œuvre du droit d'accès à l'eau potable. Pour ce faire, elle ne s'est focalisée que sur les principaux acteurs publics, à savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Il se dégage en résumé l'existence d'un grand écart entre la détermination formelle de l'Etat congolais à promouvoir ce droit et celle concrète de ces acteurs pour sa mise en œuvre effective. Déjà, l'on a constaté l'intervention tardive du législateur à qui était confiée la compétence de fixer et de déterminer les modalités de la mise en œuvre de ce droit.

Toutefois, cette intervention tardive du législateur reste un effort à saluer bien que son succès dépende encore de l'adoption des mesures d'application par le pouvoir exécutif. Par ailleurs, la mise en œuvre des réformes apportées par la loi relative à l'eau ainsi que les objectifs fixés par la Politique nationale du service public de l'eau est fonction de l'implication, non seulement des pouvoirs publics, mais aussi des usagers du service public de l'eau.

<sup>82</sup> Cape High Court, 17.12.1999, Grootboom and Others v. Oostenberg Municipality and Others, Case 6826/99, pp. 24-25.

<sup>83</sup> Cf. Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others, Case CCT 11/00, 2000 (11) BCLR 1169 (CC), points 93 et 94.

<sup>84</sup> Cf. Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others, Case CCT 8/02, 2002 (10) BCLR 1033 (CC), § 25: « *The question in the present case (...) is not whether socioeconomic rights are justiciable. Clearly they are* »; Lindiwe Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others, 2009, ZACC 28 (CC).

Enfin, il ressort de cette analyse que tant les titulaires du droit d'accès à l'eau potable que les cours et tribunaux semblent ne pas s'intéresser à la question de la justiciabilité de ce droit, ce qui pourrait pourtant donner un coup de pouce aux principaux acteurs appelés à mobiliser les moyens nécessaires pour assurer le plein exercice de ce droit.