

LA QUÊTE D'ÉLASTICITÉ SPATIALE DANS LA GOUVERNANCE DÉMOCRATIQUE ET LE CAS DES INTERCOMMUNALES WALLONNES

Frédéric BOUHON, Quentin PIRONNET, Laurane FERON

Résumé

La littérature scientifique en science politique et en droit connaît, depuis longtemps, la question des limites de la démocratie. Quel est le territoire adéquat pour gérer des missions de service public et, corrélativement, quel est le *demos* à inclure dans le processus de décision ? Telles sont les questions auxquelles la présente contribution tente d'apporter un éclairage, en axant la réflexion sur une entité de droit belge : l'intercommunale. L'étude s'appuie sur deux notions (le *all-affected principle* et le principe de subsidiarité) et analyse la forme de l'intercommunale comme un moyen de les combiner, sans omettre toutefois les nuances et difficultés qui peuvent exister. D'une part, l'intercommunale est marquée par l'élasticité nécessaire à l'inclusion d'un *demos* « affecté » par ses décisions, respectant de ce fait certains aspects du *all-affected principle*. D'autre part, cet organe se révèle également apte à régler à un niveau local et proche des citoyens des missions de service public, se rapprochant du principe de subsidiarité. L'institution ne présente cependant pas que des atouts démocratiques ; un examen plus approfondi montre que la souplesse qui la caractérise est aussi à la source d'inconvénients significatifs.

Mots-clés

démocratie, gouvernance locale, subsidiarité, *all-affected principle*, *demos*, *boundary problem*, intercommunale, élasticité

Abstract

The scientific literature in political science and law has long been familiar with the issue of the limits of democracy. What constitutes the appropriate territory to manage public service missions and, correlatively, what demos should be included in the decision-making process? These are the questions to which this paper attempts to shed light, focusing the reflection on a legal entity under Belgian law: the intercommunale. Focusing on two concepts (the all-affected principle and the principle of subsidiarity), the study analyses the form of intercommunale cooperation as an existing means of combining them, without, however, omitting the nuances and difficulties that may exist. On the one hand, the intercommunale is marked by the elasticity necessary to include a demos «affected» by its decisions, thus respecting certain aspects of the all-affected principle. On the other hand, this body is also able to regulate public service missions at a local level and close to the citizens, approaching the principle of subsidiarity. However, the institution does not only have democratic advantages; a closer look shows that its flexibility also leads to significant disadvantages.

Keywords

democracy, local governance, subsidiarity, all-affected principle, demos, boundary problem, intercommunale, elasticity

INTRODUCTION

Les juristes, comme bien d'autres d'ailleurs, considèrent en général les espaces démocratiques comme des réalités figées. Les règles de droit, qui sont leur objet d'étude, établissent des frontières entre les États et des délimitations diverses à l'intérieur de ceux-ci. À ces territoires ainsi découpés correspondent des entités politiques (des États, des régions, des départements, des provinces, des communes, etc.) qui adoptent

des règles et prennent des décisions qui sont en principe applicables à ceux qui vivent dans l'espace concerné. Lorsque ces entités politiques connaissent un régime démocratique, le fonctionnement de ce dernier est nécessairement étudié dans le cadre géographique stable qui lui sert de socle. Il est cependant aussi concevable d'appréhender la question de la gouvernance démocratique dans ses rapports avec l'espace d'une manière différente : en se dégageant des repères rigides habituels, on peut se poser la question de

savoir quel est l'espace idéal pour régir démocratiquement une matière particulière – que cela soit l'énergie, la culture, l'enseignement, la justice ou encore l'environnement. De cette façon, l'espace démocratique devient un objet élastique, dont la dimension peut être adaptée à chaque matière, en fonction de ses particularités intrinsèques, mais aussi des attentes de la population qui est concernée par sa gestion.

Dans la première partie de la présente contribution (I), nous proposons une approche théorique de l'espace de gouvernance démocratique. Nous nous fondons à cette fin sur la littérature scientifique qui, au cours des dernières années, a traité de la question des frontières de la démocratie (*boundary problem*) et a produit des outils de réflexion qui permettent précisément de dépasser le cadre spatial rigide et de concevoir l'idée d'élasticité des espaces à gouverner. Dans la seconde partie de l'article (II), nous aborderons, avec une perspective davantage pratique, une institution juridique et politique particulière : l'intercommunale telle qu'elle est organisée en Région wallonne. Nous verrons que ses caractéristiques propres permettent de considérer l'intercommunale comme un moyen concret de répondre dans une certaine mesure à la quête d'élasticité spatiale dans la gouvernance démocratique. Cependant, nous observerons aussi que cet atout a ses propres limites et qu'on peut aussi le corrélérer à des inconvénients significatifs sur le plan démocratique.

I. LA QUÊTE D'ÉLASTICITÉ SPATIALE DANS LA GOUVERNANCE DÉMOCRATIQUE

Dans le cadre de l'approche théorique qui ouvre cette étude, nous reviendrons d'abord sur le caractère spatialement rigide que la gouvernance démocratique présente en général (A), avant d'expliquer comment un courant de la littérature scientifique contemporaine, dans le domaine de la théorie et de la philosophie politique, a cherché à concevoir la démocratie – et plus particulièrement les limites de la démocratie – en dépassant le cadre de données préalablement arrêtées (B). Nous nous intéresserons plus particulièrement à l'une des solutions proposées pour résoudre la question du choix de l'échelle de la gouvernance démocratique : le *all-affected principle* (C). Il nous faudra finalement compléter la réflexion théorique en y

introduisant le principe de subsidiarité qui peut utilement être combiné avec le *all-affected principle* (D).

A. La tendance à la rigidité des espaces démocratiques

Si l'on prend comme point de départ la gouvernance telle qu'elle est organisée par les règles juridiques, on constate que les espaces démocratiques sont caractérisés par une tendance à la rigidité. Chaque État ou entité infra-étatique exerce en principe une série de compétences arrêtées et adopte des normes juridiques qui sont applicables sur un territoire délimité. Ces données ne sont pas immuables (le tracé d'une frontière peut toujours être modifié), mais pour des raisons politiques et juridiques, elles tendent à connaître une grande stabilité dans le temps. Dans ce contexte, nous sommes habitués à penser que les personnes qui vivent sur le territoire préalablement délimité d'une entité politique constituent le groupe qui, dans une démocratie, est nécessairement appelé à prendre part au processus de décision dans tous les domaines pour lesquels cette entité est compétente. On se pose la question de savoir à quelles qualités les membres du groupe doivent satisfaire pour intégrer l'électorat (critère de nationalité, critère de majorité, etc.), mais on ne remet guère en cause les limites du groupe en tant que communauté qui réside sur un territoire déterminé sauf, dans de rares cas, comme lorsqu'on propose d'étendre le droit de vote aux expatriés.

Cette conception spatiale rigide de la gouvernance est aussi celle des théoriciens classiques de l'État. Ainsi, pour Thomas Hobbes ou Jean-Jacques Rousseau, une communauté humaine occupe un territoire, et celui-ci est une donnée fixe (Bergström, 2006 ; Milstein, 2017). La réflexion de ces auteurs quant au caractère démocratique ou non de l'entité politique concernée ne peut logiquement être menée que dans ce cadre prédéfini. Certes, l'avènement du droit international au cours du 19^e siècle a rebattu les cartes en ce qui concerne les frontières étatiques et les éventuels conflits qui en découlent. Des concepts nouveaux sont nés comme celui de l'auto-détermination des peuples ou celui de l'*uti possidetis* (« vous posséderez ce que vous possédiez déjà ») qui a présidé à la massive entreprise de décolonisation du monde. Mais ces notions paraissent pauvres au regard

d'une théorie de la légitimité démocratique et elles n'ont, en outre, guère pu être utilisées pour régler la question des limites au sein des États (Miller, 2016).

Les justifications des limites territoriales reposent souvent sur des critères naturels, géographiques, stratégiques, culturels ou économiques, qui toutes se soldent par un échec lorsqu'il s'agit de former un critère général de fixation des limites d'une communauté humaine (Whelan, 1983 ; mais aussi, déjà au 19^e siècle, Renan, 1882). Il nous paraît donc pertinent d'élargir le spectre et de sortir de ce « caractère insubstituable de tout territoire » (Dumont, 2016), qui continue à avoir la dent dure et à traverser une grande partie de la doctrine contemporaine. Avant toute chose, comme le souligne Milstein (2017), il y a lieu de garantir la liberté effective des sujets de remettre en cause ces limites.

B. Le *boundary problem* ou la remise en cause des limites des espaces démocratiques

Depuis quelques décennies, des théoriciens de la démocratie, principalement anglo-saxons, ont mis au jour la problématique de la délimitation de l'échelle de la démocratie. Cette question est fréquemment évoquée sous le nom de *boundary problem*. On doit principalement à Robert Dahl d'avoir initié cette réflexion et d'avoir ouvert la voie à une multitude de théoriciens qui ont contribué à préciser et à approfondir le sujet (Dahl, 1970 ; Dahl, 1989). Aucune théorie contemporaine de la démocratie ne fait désormais plus l'impasse sur cette problématique. Pour certains auteurs, la question est même, en quelque sorte, « prépolitique » (Abizadeh, 2012).

Dans toute approche démocratique de la gouvernance, il y a en effet primordialement lieu de définir ce qu'est le peuple, en précisant qui fait partie de la communauté (du *demos*) et pourra à ce titre participer aux décisions sur une matière déterminée. Il s'agit concrètement d'identifier le groupe d'individus qui forme la communauté adéquate pour prendre une décision sur une question donnée ou pour adopter une norme dans une matière particulière. Le *boundary problem* est lié à la « légitimation démocratique » d'une collectivité humaine, il cherche à répondre à la question de savoir quand une communauté humaine peut être considérée comme démocratique et quand elle cesse de l'être.

Si la question de la délimitation de l'échelle de la gouvernance peut être envisagée dans tout régime, ce n'est que dans le régime démocratique qu'elle se pose véritablement au travers de la notion de peuple, puisque c'est lui qui, dans un tel régime, est appelé à exercer le pouvoir, directement ou indirectement.

Le *boundary problem* pourrait être résumé comme suit, selon les mots de Whelan : « [...] *how do we delimit the group within which, for purpose of making a particular decision, votes are to be counted and a majority preference identified ?* » (Whelan 1983, 14). La réponse donnée à ce type d'interrogation est déterminante pour le fonctionnement de l'entité démocratique concernée. En effet, le contenu des décisions qui seront prises et des normes qui seront adoptées au sein de l'entité est susceptible de varier significativement en fonction notamment des caractéristiques propres – par exemple socio-économiques ou culturelles – de la communauté ainsi définie. Si l'on cesse de considérer la délimitation de cette communauté comme une donnée préalable et qu'on envisage la faculté de déterminer le groupe idéal pour chaque décision à prendre, on ouvre aussitôt un large champ de possibilités. En effet, selon le sujet sur lequel porte la décision, le groupe appelé à la prendre pourra tantôt être composé de quelques individus (ceux qui habitent le même quartier, le même hameau, voire la même rue) et tantôt de l'ensemble de l'humanité, avec tous les échelons intermédiaires imaginables.

Le *boundary problem* n'est pas qu'une querelle d'académiques. Les enjeux liés à cette question sont aisément appréhensibles par un exemple simple. Prenons le cas de la centrale nucléaire de Chooz, qui est implantée en France, à proximité de la frontière belge. On peut se demander quel *demos* devrait être admis à participer à la décision éventuelle de maintenir ou de démanteler ses deux réacteurs en prenant notamment en compte les risques d'accident. Pour répondre à cette question, on peut être tenté de se référer aux entités politiques préexistantes et aux groupes d'individus qui y correspondent : la commune de Chooz, le département des Ardennes, la Région du Grand Est, la République française dans son ensemble, voire l'Union européenne ou une autre structure internationale. Mais la question peut aussi être traitée de façon abstraite, en se débarrassant de

ces références juridiques ; on se demandera alors quels sont les individus qui disposent de la légitimité pour intégrer le groupe de personnes qui prendra une telle décision. On pourra alors suggérer que les habitants de Dinant – qui vivent sur le territoire d’un autre État, mais à seulement une vingtaine de kilomètres de la centrale – ont peut-être, sur ce point précis, une légitimité plus grande que les habitants de Marseille – qui vivent sur le territoire du même État, mais à près de mille kilomètres des installations. On pourra aussi s’interroger sur l’intégration de populations installées dans d’autres États européens, voire sur d’autres continents, en cherchant à définir ainsi la limite du *demos* pertinent pour cette question particulière, sachant que la zone qui serait éventuellement touchée par un accident nucléaire ne connaît, elle, pas de limite politique.

Après avoir présenté l’intérêt de cette approche, il convient d’en préciser les paramètres essentiels, tels qu’ils sont développés par la littérature. Le *boundary problem* concerne simultanément deux limites : celle du territoire et celle du *demos* (ou du peuple). En effet, en choisissant une échelle de gouvernance et en délimitant précisément une entité politique, on dessine un territoire, mais on constitue surtout un groupe qui inclut certains individus et en exclut d’autres. Les deux éléments sont donc intrinsèquement liés. À l’image du paradoxe de l’œuf et de la poule, la question de savoir ce qui précède quoi a fait couler beaucoup d’encre. Pour Goodin, « [c]onstituting the *demos* is the first step in constructing a democracy » (Goodin, 2007). Pour d’autres, si les frontières d’un État – ou d’un ordre juridique visant à être démocratique – ne sont pas légitimes, alors son peuple ne le sera pas non plus (Beckman, 2009). D’autres encore estiment qu’aucun des deux éléments ne précède effectivement l’autre (Ochoa Espejo, 2013). Enfin, certaines voix entremêlent les approches en refusant de définir l’un par l’autre ou inversement, traitant le paradoxe d’une autre manière. La démocratie est certes appliquée sur un territoire, mais elle est forcément légitimée par un peuple. Ce peuple, afin de se considérer lui-même comme auteur aussi bien que comme sujet de la loi (Milstein, 2017 ; Abizadeh, 2012), doit être entièrement inclus dans le processus de décision. Il n’y a pas de loi démocratique sans inclusion démocratique. Il faut donc, comme le souligne Milstein (2017), une « *active affinity between popular will*

and enacted law ». On le voit : le *boundary problem* n’est pas seulement un problème politique ; il est également, et surtout, un problème juridique (Bergström, 2006).

C. Le *all-affected principle* ou l’élasticité théorique maximale

À ce stade de la réflexion, nous avons montré que la littérature contemporaine proposait une réflexion stimulante qui permettait de concevoir l’espace de la gouvernance démocratique d’une manière moins rigide que ce que l’existence de limites juridiques et politiques préexistantes nous poussent habituellement à faire. Une fois qu’on est parvenu à se détacher des références classiques, il est cependant nécessaire d’en trouver de nouvelles. Pour que la réflexion soit féconde, on doit en effet se demander comment définir la communauté et le territoire qui servent de base à un processus démocratique. Dès lors qu’on renonce – au moins a priori – à s’appuyer sur des limites préalablement définies, ce sont d’autres critères qui doivent être identifiés aux fins de l’opération. À défaut de pouvoir circonscrire un « *well-defined people* » (Ochoa Espejo, 2013) par des critères usuels tels que la géographie, la culture ou la nationalité, il convient de trouver une alternative. Le critère de nationalité, par exemple, pose des problèmes qui sont notamment liés à la variété de ses modes d’acquisition (acquisition automatique à la naissance « par le sang » ou « par le sol », transmission par le mariage, octroi discrétionnaire par l’autorité sous la forme d’une naturalisation, etc.).

Parmi d’autres constructions théoriques, nous en avons épinglé une qui présente l’avantage de favoriser pleinement l’élasticité dans la manière de concevoir l’espace de gouvernance démocratique ; il s’agit d’une approche connue sous le nom de *all-affected principle* et qui offre un outil pour déterminer les limites du groupe d’individus appelés à participer à une décision démocratique (Milstein, 2017). Selon cette théorie, quiconque est affecté par une décision peut prétendre à participer au processus démocratique qui conduit à son adoption ; chaque individu qui est ainsi affecté fera partie du *demos*, c’est-à-dire de la communauté humaine qui est à la base de cette décision. En d’autres mots encore, les personnes affectées par une décision « *ought to have a voice in making*

it » ou « *should 'have a right to participate' in the government* » (Bergström, 2006).

À première vue, cette approche théorique ne manque pas d'attrait. On relève ainsi d'abord que le *all-affected principle* est fondamentalement égalitaire (Goodin, 2007) en ce qu'il ne distingue pas entre les individus en fonction de l'intensité avec laquelle ils sont affectés – il ne requiert pas de s'appuyer sur la notion de *stake* (sur laquelle nous reviendrons *infra*, II.B). Cette qualité tend à lui donner une légitimité démocratique significative puisque, pour citer Dworkin, « *equal concern is a precondition of political legitimacy* » (Dworkin, 2000). En outre, il ne manque pas d'attirer presque instinctivement la sympathie. Pour Bergström, « *[t]he idea that 'everyone affected' should have a vote may seem congenial to democracy* » (Bergström, 2006) tandis que pour Ochoa Espejo, « *[t]he principle is attractive because it avoids the difficulties of the cultural and nationalist views: it is morally relevant, compatible with equality, and not related to personal identity* » (Ochoa Espejo, 2013). Enfin, le principe présente un avantage majeur par rapport à la perspective de notre étude : il permet une élasticité maximale de l'espace de gouvernance démocratique puisqu'il suppose que, pour chaque décision (ou pour chaque matière à laquelle un ensemble de décisions est attaché), un groupe différent de personnes affectées puisse exister. L'échelle spatiale du processus démocratique dépend du contenu envisagé de la décision (plus précisément de sa faculté à affecter un cercle plus ou moins étendu de personnes) et varie – du niveau le plus local au niveau planétaire – en fonction de celui-ci.

Le *all-affected principle* n'est toutefois pas exempt de défauts, et ses détracteurs sont nombreux. Pour Whelan, le « *all-affected principle is an untenable proposal* » (Whelan, 1983). Nous allons en effet voir que la théorie est difficile, voire impossible à mettre pleinement en œuvre (Bergström, 2006). Ce constat découle en particulier du fait que le critère sur lequel elle se base – le caractère « affecté » – est imprécis. On recense ainsi au moins trois définitions de la notion (Beckman, 2009), mais elles accusent toutes des défauts certains, qui hypothèquent la mise en œuvre concrète de la théorie.

La première met en exergue la notion de causalité. Il s'agit de considérer que quiconque est « cau-

sally affected by the policies pursued by a government should be granted democratic rights » (Beckman, 2009). Les problèmes liés à cette acception de la notion pullulent néanmoins. Une décision, dans un monde de plus en plus globalisé, peut potentiellement affecter une partie substantielle de la population mondiale (Miller, 2009). On peut le montrer par exemple à propos des choix qui concernent la gestion des vagues contemporaines d'immigration : d'une part, les décisions politiques qui sont prises dans les pays d'origine peuvent contribuer à l'exode et avoir à ce titre des répercussions concrètes dans les pays de destinations, tandis que, d'autre part, les choix posés dans ces derniers pays quant à l'accès, à l'accueil ou encore à l'expulsion des étrangers peuvent affecter, à travers des liens de causalité, les projets d'émigration de certaines personnes. On peut ainsi souvent observer un certain « effet papillon » appliqué aux décisions politiques et aux normes juridiques. Ceci est de nature à nuire à l'application du *all-affected principle* qui, compris de la sorte, tend systématiquement à considérer qu'une décision n'est démocratique que si un groupe d'une ampleur considérable est admis à y prendre part. Ainsi, sur des questions relatives à l'environnement, par exemple, le champ des personnes affectées peut être particulièrement étendu. On pourrait même légitimement penser que sont également affectées les générations futures des décisions prises actuellement. Dès lors, avec cette acception, le principe mène potentiellement à un *demos* illimité (Ochoa Espejo, 2013), ce qui conduit certains théoriciens à conclure que seule une reconnaissance de ce caractère illimité peut rendre cohérente une théorie politique de la légitimité démocratique (Abizadeh, 2012). Or, un « gouvernement mondial » n'est, à plusieurs titres, pas une solution idoine.

La deuxième définition fait quant à elle la part belle à la notion de *stake*, qu'on pourrait littéralement traduire par « participation » ou « intérêt » différencié. Quiconque aurait un véritable intérêt dans une prise de décision serait à même d'être inclus dans le processus qui y mène. Certains auteurs ajoutent même que la part d'influence qu'une personne a dans la prise de décision doit être proportionnelle à l'ampleur de cet intérêt (Brighouse, 2010). Cet intérêt peut potentiellement prendre de multiples aspects (économique, fiscal, de propriété, etc.) et est dès lors lui-même difficile à définir de façon objective. Cette approche repose sur un

critère fonctionnel qui par ailleurs n'épouse pas parfaitement les contours de la question de l'inclusion puisque, potentiellement, les individus qui ne possèdent pas encore un intérêt dans la décision ne pourraient y prendre part, alors qu'il est parfaitement possible qu'ils puissent y être soumis plus tard. En outre, plus fondamentalement, cette conception est de nature à remettre en cause le principe du suffrage universel pur qui est généralement considéré comme un critère essentiel de tout système démocratique.

Enfin, la troisième définition est axée sur le concept de sujétion juridique, qui se réfère à la « communauté légale » de Hans Kelsen (Beckman, 2009). Il s'agit même, pour certains auteurs, d'une variation du principe initial. Celle-ci dispose que quiconque est sujet de droit d'un certain ordre juridique mérite, à ce titre, d'être inclus dans son *demos*. On peut également appeler cette variation le *all subjected principle* (Bouhon, 2014). Ce n'est plus le fait qu'un individu soit, dans l'absolu, affecté par une décision qui justifie son adjonction dans le *demos*, mais sa sujétion à l'ordre juridique qui est à l'origine de la décision. Ainsi, s'il est vrai que, économiquement, les habitants de Bastogne (en Belgique) sont affectés par le prix de l'essence pratiqué au Grand-Duché de Luxembourg, ils n'ont toutefois pas voix au chapitre car seuls les habitants du Grand-Duché sont sujets de l'ordre juridique du Grand-Duché. On pourrait résumer ce principe en adaptant quelque peu la maxime qui a présidé à la révolte des treize colonies américaines au 18^e siècle : « *No submission without representation* » (Bouhon, 2014). Le défaut majeur de cette approche est qu'elle implique de revenir aux références habituelles que sont les frontières des États ou des entités étatiques existantes : ce que l'on gagne en praticabilité, on le perd donc en élasticité, avec le retour de limites rigides.

En outre, par-delà la difficulté relative à la définition de la personne affectée, d'autres critiques sont formulées à l'encontre du *all-affected principle*. Whelan identifie ainsi un paradoxe a priori insoluble, qui est commenté depuis par la plupart des théoriciens de la démocratie. Le problème réside dans ce que la pure application du *all-affected principle* exige que chaque décision démocratique soit prise par le *demos* idoine, y compris la décision liminaire qui consiste à définir les contours de ce *demos*. La décision d'inclure telle ou telle per-

sonne devrait, elle aussi, être effectuée selon une procédure démocratique, c'est-à-dire inclusive au sens du *all-affected principle*. Ceci conduit à un raisonnement circulaire et infini qui démultiplie les difficultés évoquées précédemment. Il s'agit tout bonnement d'une impossibilité procédurale. Divers auteurs ont tenté de solutionner le paradoxe sans toutefois y parvenir (voy. not. Whelan, 1983 ; Goodin, 2007 ; Ochoa Espejo, 2013).

Malgré ces défauts considérables, il n'en reste pas moins que « [t]he *all-affected principle* is part of an ideal that we use to evaluate the practical procedures that we implement in the real world in respect of how well they approximate the ideal » (Aarhenius, 2005). En outre, ce principe offre un outil de réflexion pertinent qui peut être concrètement utilisé lorsqu'une révision de certaines délimitations (étatiques ou subétatiques) est envisagée : ceux qui sont appelés à déterminer de nouvelles frontières démocratiques peuvent trouver dans ce principe un moyen pertinent de guider leurs choix (Bouhon, 2018). Par ailleurs, il nous a semblé que la conception élastique de l'espace de gouvernance démocratique qui découle du *all-affected principle* pouvait servir de fondement théorique à une réflexion sur une institution concrète qui, à bien y regarder, recèle elle-même une dimension élastique : l'intercommunale telle qu'elle est organisée en Région wallonne (*infra*, partie II).

D. Le principe de subsidiarité : un catalyseur structurel de l'élasticité spatiale

Avant d'entreprendre l'essai d'application du principe aux intercommunales wallonnes, il nous paraît nécessaire de compléter notre réflexion théorique sur les échelles spatiales de la gouvernance en introduisant le principe de subsidiarité. Ce dernier consiste à considérer qu'il importe de privilégier le niveau inférieur d'un pouvoir de décision aussi longtemps que le niveau supérieur ne peut pas agir de manière plus efficace ou, en d'autres mots : « *assign powers in whatever way is likely to be most efficient, measured according to the predicted effects of decisions taken at either higher or lower levels* » (Miller, 2016). Il s'agit, au fond, d'éviter que des matières soient régies par des unités de pouvoir de dimension trop grande, qui, du point de vue de l'individu, induisent une dilution du contrôle qu'il peut exercer sur le contenu des

décisions à prendre. L'application du principe de subsidiarité doit permettre de trouver un équilibre entre la gestion *over-inclusive* et la gestion *under-inclusive* (Barber, 2005).

Le principe de subsidiarité est actuellement consacré à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne (traité UE) ainsi qu'au protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Par ailleurs, le principe a été interprété par les commentateurs comme une notion de portée générale qui peut aussi être mise en œuvre dans les rapports entre l'État et les entités infra-étatiques (Føllesdal, 2000 ; Barber, 2005). On peut donc considérer les différents niveaux de pouvoirs (européen, nationaux, régionaux, locaux, etc.) comme autant de cercles concentriques et affirmer, en application du principe, qu'il convient de privilégier la compétence de l'entité la plus petite et de ne céder la compétence au niveau supérieur que s'il est démontré que celui-ci pourra la gérer plus efficacement.

C'est donc le résultat d'un test d'efficacité qui détermine le niveau de pouvoir adéquat pour régir une matière et qui devrait servir de boussole au législateur lorsqu'il organise la répartition des compétences entre différentes autorités (Barber, 2005). L'application du principe de subsidiarité suppose en outre que la charge de la preuve pèse sur le niveau de pouvoir le plus élevé – c'est-à-dire en général l'Union européenne ou l'État national : c'est lui qui est amené à démontrer qu'il est le mieux placé pour traiter le domaine à l'épreuve (Barber, 2005).

Comme le *all-affected principle*, le principe de subsidiarité constitue une manière de répondre au *boundary problem* que nous avons décrit *supra* (I.B.). On peut ainsi affirmer que « *subsidiarity provides a distinctive answer to the question of the boundaries of democratic units* », (Barber, 2005). Son application tend cependant à produire un résultat sensiblement différent. Nous avons constaté que le *all-affected principle* avait tendance à mener à la détermination de communautés nombreuses et de territoires vastes, parce que la catégorie des personnes susceptibles d'être affectées par une décision peut dans beaucoup de cas être élargie à l'infini (*supra*, I.C). Au contraire, le principe de subsidiarité favorise par essence la construction d'espaces démocratiques d'ampleur

limitée, même s'il invite aussi à les combiner avec des unités plus larges. Il ne vise pas à construire un monde explosé en une myriade de régions autonomes, mais à concilier intelligemment le fonctionnement de la gouvernance multi-niveaux en assurant une place significative aux entités organisées à de plus petites échelles.

Le principe de subsidiarité n'est toutefois pas exempt de critiques. Tout d'abord, il paraît peu rationnel d'imaginer que la plus petite entité soit la meilleure pour assurer un service, du point de vue tant de la cohérence et de l'efficacité économique que, surtout, des soucis de coordination et de coopération entre des zones géographiques (Begg, 1993). Par ailleurs, sur fond de défense patriotique, certains considèrent le principe comme « *a corrosive notion that 'reduces the claim of rightful governance to a technocratic question of functional efficiency that will eventually undercut the nation-state's claims to loyalty'* » (Marquardt, cité par Barber, 2005). Cet aspect « technocratique », fonctionnaliste, et donc désincarné, du principe de subsidiarité, reste un point d'achoppement de ses critiques, notamment en ce qu'il contribuerait à dépolitiser une société déjà en manque de repères collectifs (Bartl, 2015). En dépit de ces questionnements, légitimes, nous maintenons notre approche favorable au principe de subsidiarité, spécialement lorsqu'il est combiné à celui du *all-affected principle*.

En effet, les dynamiques différentes des deux principes peuvent gagner à être alliées l'une avec l'autre. L'élasticité maximale et la tendance aux grands espaces qui est attachée au *all-affected principle* peut gagner en praticabilité en étant combinée avec la vertu régulatrice et la tendance aux espaces plus restreints du principe de subsidiarité. Certains auteurs établissent des liens entre les deux idées en considérant par exemple que « *the European account of subsidiarity attempts to tie decisions to those affected by them* » (Barber, 2005). Les deux principes se régulent en définitive l'un l'autre. Le principe de subsidiarité, initialement rigide en ce qu'il ne reconnaît, classiquement, qu'un nombre fixe de niveaux de pouvoirs différents (Union européenne, États, entités fédérées, municipalités), se trouve flexibilisé par le *all-affected principle* pour lequel aucune donnée géographique ou démographique prédéfinie n'existe. Le *all-affected principle*, pour sa part,

voit sa tendance à l'universalité – qui est notamment liée à son caractère égalitaire et à l'effet papillon qu'entraîne la portée potentiellement illimitée de la notion d'« affectation » – catalysée par le principe de subsidiarité qui postule que le plus petit niveau de pouvoir est a priori le plus adéquat pour régir une matière. La manière précise dont cet équilibre peut être concrètement trouvé dépend de divers facteurs contingents. On peut à cet égard se référer à la question plus générale du changement institutionnel, en ce que les théories qui ont été développées à ce sujet cherchent à déterminer comment se produit l'évolution des institutions (voy. par exemple Buitelaar *et al.*, 2007). Nous laissons volontairement la question théorique de côté et discuterons *infra* (section II.C) de certains éléments propres à l'instauration et à l'évolution des intercommunales wallonnes.

II. UNE CONCRÉTISATION PRATIQUE DE L'ÉLASTICITÉ SPATIALE À TRAVERS L'INTERCOMMUNALE WALLONNE ?

Dans la deuxième partie de la présente contribution, nous quittons la réflexion abstraite pour nous pencher sur une institution juridique et politique concrète. Nous nous demanderons si l'intercommunale, telle qu'elle existe en droit belge en général, et en droit wallon en particulier, serait un instrument juridique à même de répondre à une série d'interrogations soulevées par les théories des limites de la démocratie. Après avoir replacé l'intercommunale dans son contexte juridique (A), nous tâcherons d'y déceler une structure élastique, qui répond partiellement aux idéaux du *all-affected principle* que nous combinerons avec le principe de subsidiarité (B). Il conviendra ensuite de souligner les nuances à apporter à l'enthousiasme initial en mettant en exergue les limites de cette élasticité et les inconvénients qu'elle emporte (C).

A. Les grands traits de l'intercommunale wallonne

Avant d'examiner si l'intercommunale peut être considérée comme une entité politique qui est susceptible de tendre, en pratique, vers l'idéal d'élasticité qu'implique le *all-affected principle*, il nous semble indispensable de décrire sommairement l'institution elle-même. La présente section se fonde principalement sur la législation applicable ainsi que sur les commentaires qu'en ont livré les

spécialistes de la matière. Elle vise à esquisser les principes fondamentaux qui régissent l'intercommunale, les traits majeurs de son organisation et la définition de ses missions.

L'intercommunale est une institution qui s'est développée en Belgique au cours du 20^e siècle. Son atout majeur est de permettre à plusieurs communes de s'associer pour gérer ensemble des matières qui les intéressent communément, tout en assurant à chaque commune membre le maintien de son autonomie, qui est par ailleurs constitutionnellement garantie. Un tel système permet donc de réaliser des économies d'échelle dans les domaines où une gestion sur un territoire plus vaste paraît recommandable, sans toutefois procéder à la fusion des communes, qui annihilerait la possibilité de régir d'autres matières à l'échelle de territoires plus restreints. Depuis la cinquième réforme de l'État, intervenue en 2001, l'organisation des collectivités locales, dont font partie les intercommunales, relève de la compétence des trois Régions du pays. Dans les lignes qui suivent, nous nous focalisons sur les intercommunales telles qu'elles sont réglées par le droit wallon.

L'article L1512-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après CDLD) définit l'intercommunale comme une association formée par plusieurs communes et ayant des objets déterminés d'intérêt communal. Cette forme d'institution présente une certaine souplesse tant en ce qui concerne son champ de compétence matérielle que son champ de compétence territoriale. Le fonctionnement des intercommunales est régi, notamment, par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, aux articles L1523-1 et suivants, et par les lois relatives aux sociétés commerciales, sauf, dans ce dernier cas, lorsque les statuts d'une intercommunale y dérogent.

Les intercommunales sont des personnes morales de droit public et ce, quelle que soit la nature des associés qui la composent. À ce titre, nous pouvons déjà soutenir que celles-ci font pleinement partie du « *domain of democracy* » et sont par conséquent « *candidates for being democratically organised* » (Aarhenius, 2005).

Elles n'ont, par ailleurs, pas un caractère commercial (article L1512-6 CDLD). Elles peuvent néanmoins « emprunter un costume » aux sociétés

commerciales (Durviaux, 2012, 108) en adoptant deux formes juridiques de droit privé : la société anonyme ou la société coopérative à responsabilité limitée (article L1523-1 CDLD).

Les intercommunales sont formées par l'association de plusieurs communes. Le concours d'au moins deux communes est nécessaire (Havard, 2016). Cependant, Ann Lawrence Durviaux précise qu'il existe des hypothèses où il n'est pas aisé de trouver une seconde commune avec laquelle s'associer (Durviaux, 2012). D'autre part, il convient de relever qu'il n'y a pas de limite supérieure à l'association de communes : le nombre d'associés n'est pas restreint à un maximum. Par ailleurs, toute autre personne de droit public (tels que les provinces, les CPAS, les fabriques d'Église, d'autres intercommunales, la Région wallonne, etc.) ou de droit privé (on pense spécialement aux sociétés commerciales) peut faire partie des intercommunales (article L1512-4 CDLD). Toutefois, les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les différents organes de gestion de l'intercommunale, et ce, quelle que soit la proportion des apports des autres parties à la constitution du capital ou du fonds social (article L1523-8 CDLD). Ceci s'explique notamment par le fait que les intercommunales gèrent des matières qui, en principe, relèvent de la compétence communale et dont les communes associées doivent conserver la maîtrise.

En principe, l'intercommunale est fondée par l'association de communes wallonnes. Il existe toutefois deux nuances à l'ancrage des intercommunales dans un cadre territorial limité à la Région wallonne. La première est celle de l'intercommunale interrégionale. Il s'agit d'une association à laquelle des communes de plus d'une Région sont affiliées. En d'autres termes, le territoire sur lequel l'intercommunale exerce son activité s'étend sur deux Régions au moins (pour régir ces situations, on se réfère à l'accord de coopération du 13 février 2014 entre la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-capitale relatif aux intercommunales interrégionales). La seconde nuance a trait à la possibilité pour les collectivités locales de s'associer avec d'autres collectivités sur le plan international. En effet, à titre d'exemple, il existe une Convention Benelux qui concerne la coopération transfrontalière entre collectivités ou autorités

territoriales et qui a été signée le 12 septembre 1986 puis modifiée le 20 février 2014.

Les intercommunales ne sont pas, au contraire des communes, des provinces ou des entités fédérées, des structures publiques permanentes. En effet, la durée de vie d'une intercommunale ne peut excéder trente ans, sauf prorogation décidée dans le respect de l'article L1523-4 du CDLD. Une dissolution avant le terme consacré dans les statuts est possible à condition d'être prononcée par l'assemblée générale aux deux tiers des voix (article L1523-21 CDLD). Les statuts peuvent également prévoir la possibilité pour une commune de se retirer avant le terme de l'intercommunale (articles L1523-5 et L1523-22 CDLD).

Les missions exercées par les intercommunales sont des missions de services publics (article L1512-6 CDLD). En principe, une intercommunale est créée afin de gérer un ou plusieurs objets déterminés d'intérêt communal qui sont fixés dans les statuts (Durviaux, 2012). Par conséquent, les missions des intercommunales ne peuvent porter que sur des matières d'intérêt communal (Havard, 2016). Ainsi, les communes peuvent confier à une intercommunale un domaine plus ou moins large relevant de l'intérêt communal, notion consacrée par les articles 41 et 162 de la Constitution. La Cour de cassation a été amenée à préciser cette notion et considère qu'elle signifie que « lorsqu'il n'y a pas de restriction établie par la loi, la commune est libre de s'occuper de tous les objets qui lui paraissent mériter son intervention (...). Les communes jouissent de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement interdits ou qui ne sont pas incompatibles avec les lois particulières de leur organisation » (Cass., 30 décembre 1841, Pas., 1842, I, 25). En outre, « doit être considéré comme étant d'intérêt communal, l'acte ou le service public qui intéresse la collectivité des habitants d'une commune » (Cass., 6 avril 1922, Pas., 1922, I, 236). Alain Coenen conclut, dès lors, que la Constitution établit « un canevas particulièrement souple qui permet (...) aux autorités locales – les plus proches de la population – d'appréhender puis de gérer les problèmes au fur et mesure qu'ils surviennent dans la vie quotidienne des communautés locales » (Coenen, 1992). En outre, l'intérêt communal ne connaît aucun cloisonnement de répartition des compétences entre les entités fédérale et fédérées du pays. Ainsi, les communes peuvent organiser le ramassage des déchets (compétence

régionale), participer à la sécurité et aux plans d'urgence (compétence fédérale) ou disposer d'établissements d'enseignement propres (compétence communautaire). Et toutes ces matières peuvent faire à leur tour l'objet d'une gestion en intercommunales.

De la souplesse qui caractérise la notion d'intérêt communal, il résulte que les missions attribuées aux intercommunales sont potentiellement nombreuses et diverses. Dans la pratique, les intercommunales sont en charge de nombreux services qui concernent la vie quotidienne des habitants du territoire qu'elles desservent. On a ainsi pu dénombrer huit secteurs d'activités : l'énergie (gaz-électricité), la télédistribution, le financement, la gestion de l'eau, le développement et l'animation économique, le médico-social, la gestion des déchets et, enfin, d'autres activités diverses, telles que la musique, les parcs naturels, les abattoirs, le sport, le tourisme, etc. (Durviaux, 2012).

D'un point de vue territorial, les sièges sociaux sont répartis de manière inégale entre les différentes provinces de la Région wallonne. En 2017, sur un total de 77 intercommunales, la province

de Liège accueillait à elle seule le siège social de 26 intercommunales. Ce chiffre s'élève à 24 pour la province du Hainaut, à 12 pour la province de Namur, à 9 pour la province de Brabant wallon et à seulement 6 pour la province de Luxembourg.

Enfin, en ce qui concerne la participation effective des communes dans les intercommunales (Figure 1), il convient de relever que toutes les communes pour lesquelles nous disposons de données (c'est-à-dire celles de la région de langue française) ont au moins une participation dans une intercommunale (Bouhon *et al.*, 2017) et que la plupart prennent part à d'assez nombreuses structures. Les communes représentent la majorité des associés d'une intercommunale (79 %), puis ce sont les CPAS (6 %) (Bouhon *et al.*, 2017).

En ce qui concerne l'organisation interne d'une intercommunale, nous nous bornerons ici à indiquer que celle-ci comprend au minimum trois organes (une assemblée générale, un conseil d'administration et un comité de rémunération – voy. l'article L1523-7 CDLD) et à décrire, dans les lignes qui suivent, les grands traits des deux premiers.

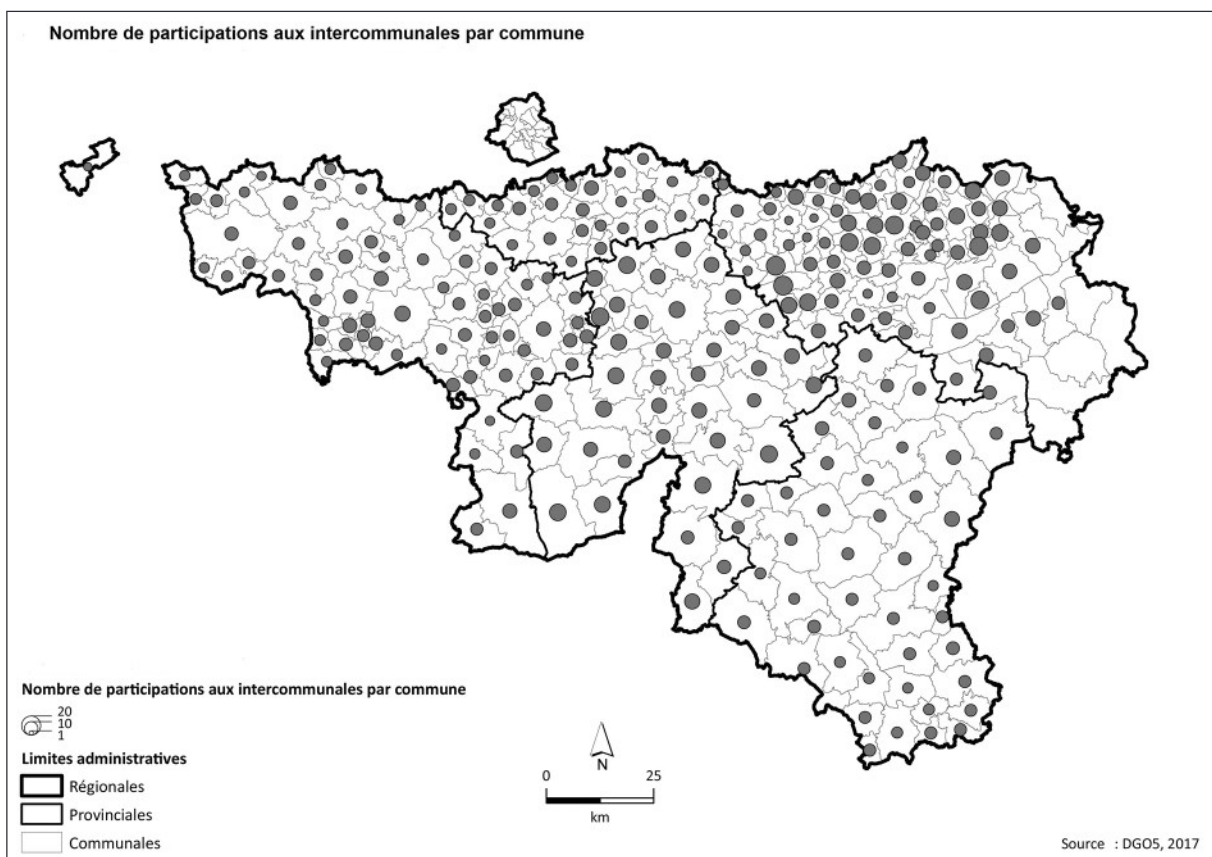


Figure 1. Nombre de participations aux intercommunales par commune. Source : Bouhon *et al.*, 2017

L'existence d'une assemblée générale est un élément à prendre en compte car le principe européen de subsidiarité concerne exclusivement les entités publiques qui disposent d'une assemblée délibérative (Barber, 2005). L'assemblée générale comprend, par commune, cinq délégués qui sont désignés par le conseil communal parmi les membres du conseil et du collège communal de la commune associée. Cette désignation se réalise de manière proportionnelle à la composition du conseil communal. Cependant, la liste majoritaire du conseil communal doit être représentée par au moins trois des cinq délégués (article L1523-11 CDLD). Chaque commune dispose, à l'assemblée générale, d'un droit de vote qui est déterminé soit par les statuts soit par le nombre de parts qu'elle détient. Chaque délégué est chargé de rapporter la proportion des votes intervenus au sein du conseil communal. À défaut d'une décision du conseil, les délégués possèdent chacun un cinquième du droit de vote des parts attribuées à leur commune. Ainsi, à titre d'exemple, si une commune possède cinq voix, en l'absence d'une décision, chaque délégué pourra en principe procéder au vote avec une voix.

Le conseil d'administration est, quant à lui, composé d'administrateurs qui sont désignés par l'assemblée générale à la proportionnelle de l'ensemble des conseils communaux des communes associées (article L1523-15, §3, alinéa 1er CDLD). La même règle s'applique *mutatis mutandis* à l'égard des C.P.A.S. associés (article L1523-15, §3, alinéa 6 CDLD). La fonction d'administrateur représentant les communes est réservée aux membres des conseils et collèges communaux (article L1523-15, §3, alinéa 5 CDLD). En pratique, le conseil communal présentera les administrateurs, aux termes d'un accord supra-communal, et l'assemblée générale les nommera (Havard, 2016). Toutefois, en 2012, un « filet de sauvetage » (Havard 2016, 522) a été introduit à l'article L1523-15, §3, alinéa 6 du CDLD. Cet article garantit la représentation de certains groupes politiques minoritaires. Le conseil d'administration est chargé de la gestion de l'intercommunale et il lui appartient d'établir les comptes annuels (article L1523-16 CDLD). La gestion journalière peut être déléguée par le conseil d'administration au président de l'intercommunale ou à la personne qui occupe la position hiérarchique la plus élevée en son sein (article L1523-18, §3 CDLD).

B. Une institution caractérisée par une certaine élasticité spatiale

Le *all-affected principle* correspond à une conception élastique de l'espace de gouvernance démocratique en ce qu'il implique une variation de l'échelle géographique en fonction du contenu de chaque décision politique à prendre. À chaque question qui se pose sont potentiellement attachés une communauté et un territoire différents, puisqu'il convient de rechercher la communauté des personnes affectées par la décision envisagée sans s'arrêter à des limites territoriales préalablement déterminées. Cette élasticité est la source tant de l'intérêt théorique que de l'impossibilité pratique de ce principe, ainsi que nous l'avons montré dans la première partie de la présente contribution.

Si l'élasticité maximale ne peut recevoir de concrétisation, il est en revanche possible de trouver des institutions qui, dans la pratique, sont caractérisées par une certaine élasticité qui peut, sur certains points, être mesurée à l'aune de l'idéal cristallisé dans le *all-affected principle*. Entre la rigidité spatiale des institutions traditionnelles (État, Région, province, commune, etc.) et la souplesse intégrale du modèle théorique, il existe une zone intermédiaire qui est notamment occupée par l'intercommunale que nous avons décrite dans la section précédente.

L'élasticité s'observe, premièrement, sur le plan territorial. En effet, il existe à peu près autant de configurations territoriales différentes que d'intercommunales en Région wallonne. Certaines d'entre elles sont constituées d'un tout petit nombre de communes associées (on a évoqué *supra* le minimum de deux communes), tandis que d'autres rassemblent l'intégralité des communes wallonnes, voire s'étendent à des communes situées en dehors de la Région (comme dans le cas de l'intercommunale Publifin, rebaptisée Enodia, par exemple). Le domaine de la gestion de l'eau offre une illustration de cette variabilité des échelles décisionnelles. Ainsi que le montre la Figure 2, certaines communes (principalement situées en province de Luxembourg) disposent de leur propre service des eaux, tandis que d'autres ont adhéré à des intercommunales spécialisées qui offrent leurs services tantôt aux habitants de quelques communes (comme la CIESAC), tantôt à ceux d'une contrée plus vaste (comme l'INA-

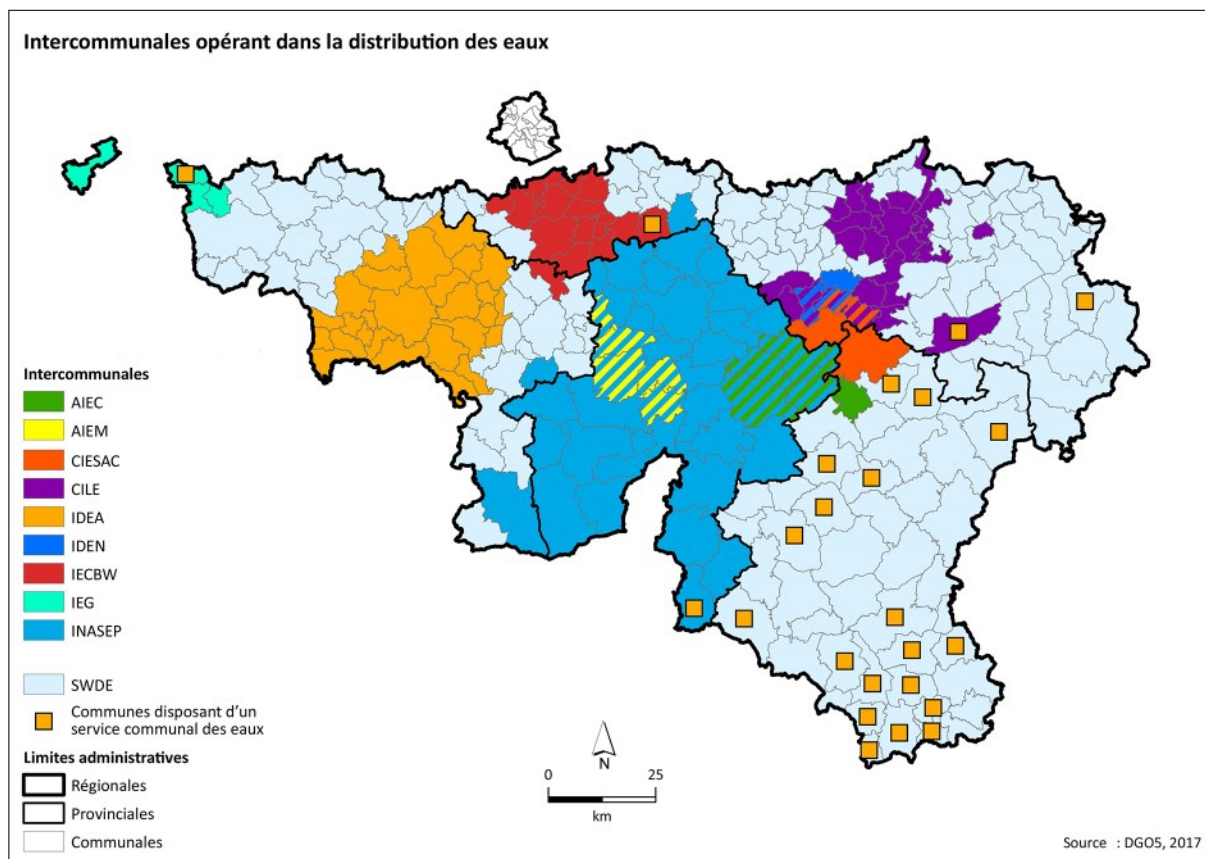


Figure 2. Intercommunales opérant dans la distribution des eaux. Source : Bouhon *et al.*, 2017

SEP). Certaines communes dépendent par ailleurs directement, pour la distribution de l'eau, de l'institution pararégionale qu'est la Société wallonne des Eaux (SWDE).

L'élasticité se marque aussi, deuxièmement, en ce qui concerne la compétence matérielle des intercommunales. Comme nous l'avons expliqué *supra* (II.A), les communes associées peuvent confier à l'intercommunale un ou plusieurs objets qui relèvent de la notion d'intérêt communal. Ce principe est source d'élasticité pour deux motifs : d'une part, puisque la notion d'intérêt communal possède elle-même des contours relativement flous et est susceptible d'interprétations diverses, le champ potentiel des compétences qui peuvent être attribuées à une intercommunale connaît aussi ce caractère imprécis ; d'autre part, chaque intercommunale reçoit une fraction plus ou moins large de l'ensemble des matières qui relèvent de ce vaste champ. Ici également, il existe une large gamme de possibilités entre l'intercommunale qui est fondée pour gérer une activité tout à fait précise et restreinte et celle qui a vocation à s'occuper de plusieurs secteurs qui ont une importance dans la vie quotidienne pour la plupart des habitants.

À cet égard, on perçoit facilement la différence considérable qui existe entre, d'un côté, l'Académie intercommunale de musique, danse et arts de la parole de Court-Saint-Étienne et Ottignies-Louvain-la-Neuve et, de l'autre côté, l'intercommunale pure d'électricité, de gaz et de télécommunications (IDEFIN).

Le caractère élastique dont nous venons de décrire les deux principaux aspects est par ailleurs renforcé par le fait que tant la compétence territoriale que la compétence matérielle peuvent évoluer au cours du temps. Ainsi, il est possible de créer à tout moment une nouvelle intercommunale, d'y mettre fin dans le respect des conditions légales, d'étendre son territoire à de nouvelles communes ou, au contraire, de le réduire à un nombre plus restreint d'entités. Les statuts d'une intercommunale peuvent aussi être modifiés pour remodeler le contour des matières qu'elle est chargée de régir, pour autant que l'on demeure dans les limites de la notion d'intérêt communal.

L'élasticité qui caractérise ainsi l'intercommunale présente plusieurs dimensions : elle conjugue une souplesse territoriale, matérielle et temporelle qui

permet d'envisager une approche particulière de la gouvernance démocratique quant à ses rapports à l'espace. Ceci contraste significativement avec la rigidité des autres entités politiques qui opèrent sur le territoire wallon. Alors que la Région elle-même, les provinces et les communes exercent des compétences arrêtées sur un territoire déterminé, il est à tout moment possible de créer une intercommunale dont les compétences sont à définir et le territoire à déterminer. Il est aussi fréquent qu'une même commune prenne part à de nombreuses intercommunales (aux compétences territoriales et matérielles diverses) et parvienne ainsi à adapter l'échelle de la gouvernance démocratique en fonction de chaque matière. C'est en ce sens que l'institution intercommunale présente une certaine proximité avec l'élasticité du *all-affected principle* : sa souplesse permet d'organiser la prise de décision dans un domaine donné en choisissant une échelle ad hoc, et en regroupant ainsi, au sein d'une structure politique dont les contours peuvent évoluer avec le temps, les communes dont les habitants sont communément affectés par une problématique.

Cependant, la délimitation concrète des compétences territoriales et matérielles d'une intercommunale procède aussi d'une application du principe de subsidiarité (*supra*, I.D). En effet, dans de nombreux cas, la mise en œuvre isolée du *all-affected principle* pourrait avoir tendance à mener à l'instauration d'intercommunales compétentes sur un vaste territoire (éventuellement sur l'ensemble du territoire wallon). Ceci s'explique par le fait qu'à peu près tous les habitants de ce territoire sont affectés par les décisions qui sont prises dans les matières typiquement gérées par les intercommunales : tous les Wallons sont intéressés par la distribution d'une eau de bonne qualité, par la collecte efficace des déchets, par le développement économique de la région ou encore par l'existence de services médicaux performants. On pourrait donc être tenté de privilégier une gestion commune de ces matières (et d'autres que nous n'avons pas citées), par exemple au niveau de la Région wallonne. L'application du principe de subsidiarité vient estomper cette tendance : en imposant qu'une matière soit régie de préférence à l'échelle spatiale la plus petite, il va conduire les communes à former des associations dont l'ampleur est plus restreinte. Dès lors, plutôt que d'assurer la gestion de la distribution d'eau globalement à l'échelle wallonne, on va

opter pour un système où cette matière est régie par plusieurs intercommunales ainsi que par des communes isolées, comme la carte que nous avons présentée *supra* le montre.

Le principe de subsidiarité vient ainsi nuancer l'égalitarisme du *all-affected principle* en intégrant la notion de *stake* (d'intérêt différencié). Selon cette approche, chacun dispose certes d'un intérêt à prendre part au processus de décision, en ce qu'il pourrait être « affecté », mais la diversité des réalités territoriales peut être prise en considération, à travers le principe de subsidiarité, pour admettre le partage du territoire entre un certain nombre d'entités politiques distinctes, qui sont chacune chargées de régir la même matière dans un espace déterminé différent. Ainsi, une commune individuelle, dont le territoire est riche en ressources aquifères peut sans doute se révéler être le niveau de pouvoir adéquat pour la gestion de ces ressources (carrés oranges sur la carte proposée *supra*), alors que ses voisines, situées dans une zone géologique différente, peuvent former un niveau de pouvoir idoine en se regroupant à plusieurs. Par ailleurs, il se peut que certaines zones, par leurs particularités, doivent même abandonner leur gestion de l'eau à de plus grandes entités, telle que la Société wallonne des eaux qui opère à l'échelle régionale. Nous ne soutenons pas ici que la manière dont la gestion de la distribution de l'eau est spatialement organisée en Région wallonne ne pourrait pas connaître des améliorations, mais nous voulons montrer qu'elle s'explique notamment par la combinaison du *all-affected principle* avec le principe de subsidiarité.

C. Les limites et les coûts de l'élasticité spatiale

Cette apparente adéquation entre les théories abordées et l'outil relativement élastique que constitue l'intercommunale mérite cependant d'être quelque peu nuancée. Il convient en effet d'y regarder de plus près pour identifier les limites de cette élasticité et mettre en exergue les coûts qu'elle engendre, c'est-à-dire les inconvénients de l'institution qu'on peut corrélérer avec l'avantage de l'élasticité.

Tout d'abord, on doit constater que l'intercommunale ne permet qu'une élasticité spatiale toute relative. La pleine application du *all-affected principle* implique une élasticité maximale (*supra*, I.C) qui,

elle, suppose une indétermination géographique initiale totale. Une structure ne posséderait cette qualité que si elle pouvait naître d'une agrégation de toutes les personnes affectées par une politique et de ces seules personnes, ce qui s'oppose à toute délimitation territoriale préalable. Or, il s'impose de constater que, dans le cas étudié, il existe des limites territoriales préalables qui doivent nécessairement être prises en considération lors de la création de toute intercommunale : les frontières du Royaume (nationales ou, dans une certaine mesure, régionales), d'une part, et les limites des entités communales, d'autre part. L'élasticité spatiale est relativisée par ce carcan.

À une extrémité, les frontières nationales constituent indéniablement un frein à une éventuelle extension de certaines intercommunales (voy. *supra*, II.A, intercommunales comprenant un élément international). Par exemple, s'il s'avère qu'en application du *all-affected principle*, il faudrait intégrer certaines communes allemandes, françaises ou luxembourgeoises dans la gestion des déchets d'une zone couvrant déjà certaines communes belges, le droit s'y opposerait en principe car la question juridique basculerait vers le droit international. L'élasticité, dans un tel cas, s'en trouve, on le voit, partiellement remise en cause : l'extensibilité de l'espace de gouvernance démocratique rencontre un plafond. Dans le même ordre d'idée, le dépassement des limites infra-étatiques de la Région wallonne est également, en droit, un frein supplémentaire à l'élasticité de la structure intercommunale même s'il n'est pas un obstacle dirimant (voy. *supra*, II.A, intercommunales interrégionales).

À l'autre extrémité, l'extensibilité de l'espace démocratique intercommunal rencontre aussi un plancher qui est lié à la nature de l'institution : puisqu'il s'agit d'une association de communes, le territoire que dessert l'intercommunale doit toujours compter au moins deux communes. Il ne pourrait pas être plus restreint et ce même s'il apparaissait que la communauté affectée par ses décisions ne correspondait en réalité qu'à une portion de la population de ces deux communes ou de l'une d'entre elles.

Cette dernière limite à l'élasticité de l'intercommunale en cache une autre, qui nous paraît plus fondamentale encore. L'intercommunale, en soi,

n'intègre comme « membres de la communauté » que des communes, sous réserve des autres personnes qui disposent éventuellement de participations dans l'intercommunale. Ce ne sont donc que les communes, par l'intermédiaire du système de représentation que nous avons décrit *supra* (II.A), qui contribuent directement au processus décisionnel dans les matières attribuées aux intercommunales. Or, il ne s'agit là que d'une partie infime du *demos* qui est affecté par la gestion ; le vaste reliquat, composé en particulier des habitants des communes concernées, n'a pas d'influence directe dans l'élaboration des décisions de l'intercommunale. On aperçoit aisément le décalage par rapport à l'idéal du *all-affected principle* qui préconise d'intégrer dans la communauté appelée à prendre une décision démocratique quiconque est affecté par cette dernière. Certes, on pourrait arguer que l'inclusion des citoyens est indirectement acquise étant donné que ceux-ci élisent préalablement les membres des conseils communaux qui désignent à leur tour des représentants au sein des organes intercommunaux. Toutefois, force est de constater que cette forme d'inclusion implique une dilution du lien de représentation, notamment parce que les citoyens électeurs n'ont guère d'emprise sur le processus de désignation des mandataires au sein des intercommunales et parce que divers mécanismes (l'effet de la clef d'Hondt, le jeu politique des coalitions, etc.) tendent à offrir aux partis dominants une surreprésentation dans les intercommunales.

En outre, la distance entre les personnes affectées par les décisions de l'intercommunale et les instances où ces décisions sont prises tend à être encore augmentée par un autre dispositif du droit wallon applicable. Selon l'article L1512-5 du CDLD, « les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social ». Ce texte signifie qu'une intercommunale peut investir dans des sociétés privées (qui deviennent éventuellement ses filiales) et leur confier la gestion d'une ou plusieurs matières parmi celles qui relèvent de ses attributions. De la sorte, des matières d'intérêt communal que les communes ont initialement transférées à une intercommunale se retrouvent dans le giron d'entreprises privées dont l'organisation répond au droit des sociétés et dans lesquelles la représentation des personnes affectées n'est pas structurel-

lement garantie. Ceci est évidemment à la source d'un écart supplémentaire par rapport à l'idéal du *all-affected principle*. Pour s'en rapprocher, il conviendrait de lever le voile social afin d'étendre aux filiales toutes les garanties d'inclusion que le CDLD a consacrées pour l'intercommunale elle-même. Nous estimons que le fait que l'intercommunale – avec ses organes représentatifs des communes – ait consenti à l'abandon de missions au profit d'une société privée à un instant t ne permet pas d'affirmer qu'un lien suffisant est maintenu en permanence entre le lieu de décision et la population affectée. En effet, pour reprendre les mots de Brighthouse et Fleurbaey (2010), « [t]he idea that the voluntary character of entry into an association justifies any kind of undemocratic power sharing, even in the absence of easy exit, seems even more suspicious to us ».

Enfin, le dernier point d'achoppement avec le *all-affected principle* que nous voudrions mettre en évidence concerne le processus de création d'une nouvelle intercommunale. Pour mettre en place une telle structure, il faut notamment que chaque commune associée prenne formellement la décision d'y adhérer. Or, au moment où un projet d'intercommunale est en discussion, toutes les communes qui sont potentiellement intéressées par cette perspective ne sont pas nécessairement invitées à la négociation. Autrement dit, le pouvoir de déterminer la communauté et le territoire concernés par l'intercommunale en devenir et l'opportunité d'appliquer le *all-affected principle* combiné avec le principe de subsidiarité se trouvent dans les mains des communes qui ont convenu entre elles d'essayer de s'entendre, à l'exclusion des autres. Ceci signifie que la décision fondatrice de l'intercommunale peut connaître un biais par rapport à la théorie qui préconise, dans la pureté des principes, que cette décision fondamentale soit aussi prise par l'ensemble des personnes qu'elle affecte – et on peut considérer à cet égard que le fait d'être ou de ne pas être associé à une nouvelle intercommunale est une décision qui n'affecte pas que les habitants des communes qui *in fine* en seront membres. Dans la pratique, la dynamique qui va conduire un certain nombre de communes à négocier en vue d'éventuellement s'associer n'est pas toujours uniquement motivée par le souci de parvenir à une gestion idéale de la gouvernance démocratique dans ses rapports avec l'es-

pace. Des considérations moins louables peuvent également intervenir. On pense à la volonté de constituer un *demos* qui possède certaines caractéristiques socio-économiques et qui, par le biais des élections et des processus de désignation, pourra favoriser le maintien au pouvoir de tel parti politique ou l'évincement de tel autre. Des considérations politiques, visant au maintien de tel ou tel parti au pouvoir, peuvent en outre être relevées tout au long de la vie d'une intercommunale, de sa création à sa disparition en passant par ses perspectives d'évolution ou d'extension à d'autres communes. En ce sens, la souplesse que nous évoquions *supra* (point II.A) s'en trouve fortement relativisée et l'on constate parfois, *de facto*, une certaine inertie, voire un immobilisme, des structures ainsi créées. Par ailleurs, il est aussi possible d'imaginer des situations où des communes prospères préfèrent s'associer entre elles en laissant sur le côté celles qui souffrent d'une situation économique moins avantageuse. Ces écueils peuvent certainement être rattachés à la difficulté que nous avons identifiée *supra* quant au caractère circulaire qu'implique l'application du *all-affected principle* : la détermination initiale du *demos* doit en principe elle-même être opérée selon les principes du *all-affected principle* et cela s'avère pratiquement impossible. Par ailleurs, nous avons beaucoup insisté sur le principe de subsidiarité comme instrument de la limitation du territoire idoine de traitement d'une question donnée. Or, il convient de relever que ce principe est amoral et ne prend pas en compte une préoccupation importante des théories politiques relatives au territoire, à savoir celui de la solidarité entre deux portions de niveau économique différent. En effet, « [s]ubsidiarity [...] does not commit itself to the view that the boundaries of democratic units reflect, or should reflect, our pre-existing obligations to each other » (Barber 2005, 324). S'il s'agit assurément d'une considération politique, l'ascétisme de la théorie ne doit pas occulter ce type de préoccupations.

De ce qui précède, il ressort que l'élasticité de l'espace de gouvernance de l'intercommunale est limitée (par un plafond et par un plancher) et qu'il a aussi des coûts importants : l'atout démocratique que l'intercommunale possède – cette élasticité qui contraste avec la rigidité spatiale des autres institutions politiques – semble être assorti de plusieurs inconvénients significatifs qui sont

de nature à restreindre le caractère démocratique. D'une part, la communauté des personnes affectées par les décisions de l'institution se trouve éloignée du centre du pouvoir, la volonté populaire n'étant prise en considération que de façon indirecte et potentiellement altérée. D'autre part, le processus de fondation d'une nouvelle intercommunale peut être influencé par des velléités politiques d'acquisition ou de conservation du pouvoir qui ne répondent guère à l'idéal du *all-affected principle*.

BIBLIOGRAPHIE

- Pouvoirs d'opinion et démocratie locale. Un entretien avec Jean-François Tétu, (2009). *Cahiers philosophiques*, 3, 119-129.
- Aarhenius, G., (2005). *The Boundary Problem in Democratic Theory*. In Folke T. (ed.), *Democracy Unbound: Basic Explorations I*, Stockholm: Filosofiska Institutionen, pp. 14-29.
- Abizadeh, A., (2008). Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. *Political Theory*, 36(1), 37-65.
- Abizadeh, A., (2012). On the Demos and Its Kin: Nationalism, Democracy, and the Boundary Problem. *American Political Science Review*, 106(4), 867-882.
- Barber, N.W., (2005). The Limited Modesty of Subsidiarity. *European Law Journal*, 11(3), 308-325.
- Bartl, M., (2015). The Way We Do Europe: Subsidiarity and the Substantive Democratic Deficit. *European Law Journal*, 21(1), 23-43.
- Bauböck, R., (2015). Morphing the Demos into the right shape. Normative principles for enfranchising resident aliens and expatriate citizens. *Democratization*, 22(5), 820-839.
- Begg, D. (1993). *Making Sense of Subsidiarity: How Much Centralization for Europe?* Centre for Economic Policy Research Annual Report, UK, 168 p.
- Beckman, L., (2009). *The Frontiers of Democracy. The Right to Vote and Its Limits*, London: Palgrave Macmillan UK, 229 p.
- Benvenisti, E., (2018). The Margin of Appreciation, Subsidiarity and Global Challenges to Democracy. *Journal of International Dispute Settlement*, 9, 240-253.
- Bergström, L., (2007). *Democracy and political boundaries*. In *The viability and desirability of global democracy: Stockholm studies in democratic theory*, 3, 147.
- Bouhon, F., De Visscher C., Khrouz, F. & Pagano, J., (2017). Rapport d'analyse du cadastre des intercommunales et organises supra-locaux en région wallonne, partie 1, 15 juin 2017, <https://orbi.uliege.be/handle/2268/222832>
- Bouhon, F., (2014). *Droit électoral et principe d'égalité : l'élection des assemblées législatives nationales en droits allemand, belge et britannique*, Bruxelles : Bruylant, 1009 pages.
- Bouhon, F., (2018). *Avec qui décider ? Aspects procéduraux et substantiels de la délimitation des entités politiques*. In C. Breuer (éd.), *La fabrique des métropoles*, pp. 59-66, <http://hdl.handle.net/2268/222492>
- Briffault, R., (1996). The Local Government Boundary Problem in Metropolitan Areas. *Stanford Law Review*, 48(5), 1115-1171.
- Brighthouse, H. & Fleurbaey, M., (2010). Democracy and Proportionality. *Journal of Political Philosophy*, 18(2), 137-155.
- Buitelaar, E., Lagendijk, A. & Jacobs, W., (2007). *A theory of institutional change: Illustrated by Dutch city-provinces and Dutch land policy*, Radboud University Nijmegen, <http://hdl.handle.net/2066/47220>.
- C. Const, (2015). arrêt n° 17/2015 du 3 décembre 2015. Cass., (1841). 30 décembre 1841, Pas., 1842, I, p. 25.
- Cass., (1992). 6 avril 1922, Pas., I, p. 236.
- Coenen, A., (1992). L'évolution du contenu et des modes de gestion de l'intérêt communal (première partie). *Mouvement communal*, pp. 24-37.
- Dahl, R., (1970). *After the Revolution? Authority in a Good Society*, New Haven: Yale University Press, 170 p.
- Dahl, R., (1989). *Democracy and its critics*, New Haven: Yale UP, 397 p.
- Denters, B. & Rose, L.-E., (2005). *Comparing Local Governance*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 312 p.
- Dumont, G-F., (2016). La démocratie se construit par le bas. Ensemble, inventons la commune du XXI^e siècle, Association des Maires de France (AMF), 18-22.
- Durviaux, A.-L., & Gabriel, I., (2012). *Droit administratif – tome 2 : Les entreprises publiques locales en Région wallonne*, Bruxelles : Larcier.
- Dworkin, R., (2000). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 528 p.
- Faguet, J.-P., (2014). Decentralization and Governance. *World Development*, 53, 2-13.
- Føssel, M., (2009). L'ordinaire de la démocratie. *Cahiers philosophiques*, 3, 11-23.
- Føllesdal, A., (2000). *Subsidiarity and democratic deliberation*. In E. Oddvar Eriksen, J.-E. Fossum (eds.), *Democracy in the European Union: Integration Through Deliberation?* Abington: Routledge, pp. 85-110.
- Goodin, R., (2007). Enfranchising All Affected Interests and Its Alternatives. *Philosophy and Public Affairs*, 35(1), 40-68.
- Havard, C., (2016). *Manuel pratique de droit communal en Wallonie*, Bruxelles : La Charte, 574 p.

- Miller, D., (2016). Boundaries, Democracy, and Territory. *The American Journal of Jurisprudence*, 61 (1), 33-49.
- Miller, D., (2009). Democracy's Domain. *Philosophy and Public Affairs*, 37(3), 201-228.
- Milstein, B., (2017). A tale of two demoi: Boundaries and democracy beyond the sovereign point of view. *Philosophy and Social Criticism*, 43(7), 724-747.
- Näsström, S., (2011). The Challenge of the All-Affected Principle. *Political Studies*, 59(1), 116-134.
- Näsström, S., (2007). The Legitimacy of the People. *Political Theory*, 35(5), 624-658.
- Silva C.-N., Buček, Ján (eds.), (2017). *Local Government and Urban Governance in Europe*, Wiesbaden: Springer VS, 263 p.
- Ochoa Espejo, P., (2014). People, Territory, and Legitimacy in Democratic States. *American Journal of Political Science*, 58(2), 466-478.
- Owen, D., (2012). Constituting the polity, constituting the demos: on the place of the all affected interests principle in democratic theory and in resolving the democratic boundary problem. *Ethics & Global Politics*, 5(3), 129-152.
- Projet de décret modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, Doc. parl w., sess. ord. 2011-2012, n° 567/1, 10
- Renan, E., (1882). Qu'est-ce qu'une Nation ? conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882.
- Riveline, C., (2012). Limites de la démocratie. *Le journal de l'école de Paris du management*, 5, 7.
- Sadurski, W., (2008). Legitimacy, Political Equality, and Majority Rule. *Ratio Juris*, 21(1), 39-65.
- Schaap, L. & Daemen, H. (eds.), (2012). *Renewal in European Local Democracies, Puzzles, Dilemmas and Options*, Wiesbaden: Springer VS, 222 p.
- Schiller, T. (ed.), (2011). *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden: VS Verlag, 287 p.
- Smith, R., (2008). The Principle of Constituted Identities and the Obligation to Include. *Ethics and Global Politics*, 1(3), 139-153.
- Whelan, F.G., (1983). *Democratic Theory and the Boundary Problem*. In J.R. Pennock and J. W. Chapman (eds.), *Liberal Democracy*, New York: New York University Press, pp. 13-47.

Coordonnées des auteurs :

Frédéric BOUHON
Chargé de cours à l'ULiège
F.Bouhon@uliege.be

Quentin PIRONNET
Assistant et maître de conférences à l'ULiège
Quentin.Pironnet@uliege.be

Laurane FERON
Assistante à l'ULiège
Avocat au Barreau de Liège
Laurane.Feron@uliege.be

