

TIERS ET DROIT PUBLIC : RAPPORT ALLEMAND

*par Niels Petersen**

I. Le tiers et la norme

1.1 Quel est le rôle, respectivement quels sont les droits voir les obligations des tiers dans l'élaboration des normes étatiques que sont, par exemple:

1.1.1 La Constitution

1.1.2 La loi

1.1.3 L'ordonnance ou le décret

En Allemagne, les tiers ne jouent en principe pas de rôle dans l'élaboration des normes. En principe, la législation est réservée exclusivement au législateur. La participation des citoyens dans la procédure de législation est très limitée. En effet, la constitution allemande ne prévoit que deux cas de figure où la législation exige un vote de la part de citoyens. D'une part, ces derniers doivent approuver une fusion envisagée de deux Etats fédérés (Article 29 Loi Fondamentale). D'autre part, une révision totale de la constitution devrait être adoptée « par le peuple allemand en pleine liberté de décision. » (Art. 146 Loi Fondamentale).

Même si la participation des tiers dans la procédure de législation n'est pas prévue par la constitution, il y a des exceptions au niveau sous-constitutionnel. Ces exceptions concernent l'élaboration des lois fédérales ou régionales, d'ordonnances et la législation locale. C'est le cas notamment des représentants de la société civile, de l'économie et des sciences qui peuvent être inclus dans l'élaboration des normes étatiques – soit d'une manière plus formelle, soit d'une manière plus informelle. Les projets de lois sont normalement préparés par des commissions qui sont composées de membres du Bundestag et qui reflètent la composition générale du parlement. Selon l'article 70 du Règlement du Bundestag une commission peut procéder à des auditions publiques « afin de s'informer sur un objet de ses délibérations ». Ces auditions publiques peuvent s'adresser à « d[es] experts, [des] représentants de groupements d'intérêts et [d']autres personnes susceptibles de fournir des renseignements. » Mais, telles auditions publiques ne sont pas une partie impérative de la procédure de législation. Une commission n'est obligée de procéder à une telle audition que si au moins un quart de ses membres la demandent.

La participation des tiers est plus fréquente dans le contexte de l'élaboration d'ordonnances exécutives ou de statuts locaux. Quant aux ordonnances exécutives, la participation de tiers est parfois prévue si la création d'une ordonnance nécessite une expertise particulière. Par exemple, la Loi sur la protection contre les nuisances demande la consultation de parties intéressées dans le processus de création de certaines ordonnances. Ces parties intéressées comprennent, entre autres, des représentants du corps scientifique, des personnes et des entreprises affectées (Article 51 Loi sur la protection contre les nuisances).

* Professeur de droit public, droit international et droit européen à l'Université de Münster.

Quant à la législation locale, l'organisation communale fait partie des compétences des Etats fédérés. Par conséquent, la participation de tiers peut différer entre les différents Etats fédérés. Quelques Etats fédérés exigent la participation des tiers au niveau local. Par exemple, l'article 23 de la Loi sur l'organisation communale en Rhénanie-du-Nord-Westphalie prévoit que le conseil municipal informe les habitants sur les affaires importantes de la municipalité. De plus, le conseil s'engage à entrer en discussion avec les habitants sur les affaires en question.

Un domaine où la participation des citoyens est assez étendue est le droit relatif à la planification de l'urbanisme et de la cohérence territoriale. L'article 3 du Code allemand de la construction érige le principe fondamental que le public doit être inclus dans les procédures de planification de l'urbanisme et de la cohérence territoriale. Avant l'adoption, le plan doit être rendu accessible au public pour une période d'un mois. Les citoyens peuvent communiquer leur avis sur le plan, et le législateur doit prendre les avis communiqués en compte dans la décision sur l'adoption du plan.

1.2 Le tiers peut-il être chargé de produire des normes, d'édicter des réglementations ?

1.2.1 Dans quelles circonstances (citer quelques exemples) ?

1.2.2 Où se situe la norme édictée par un tiers dans la hiérarchie des normes ?

1.2.3 Qu'en est-il de la reconnaissance par l'ordre juridique d'une norme élaborée spontanément par un tiers

De plus en plus, des acteurs privés sont intégrés dans la production de normes. Cette création de normes par des tiers est un phénomène à facettes multiples. Elles se retrouvent surtout dans le droit économique. Tout d'abord, il y a des normes qui ont des effets contraignants considérables, mais qui n'ont pas d'effets juridiques. C'est le cas par exemple des normes émanant de l'Institut Allemand de Normalisation (DIN) qui ont pour but de créer des normes techniques unifiées dans les domaines industriels et commerciaux. Ces normes n'ont pas de valeur juridique, mais elles ont un effet d'unification factuel important.

Ensuite, il y a des normes édictées par des acteurs privés qui non seulement sont qualifiées de droit mou mais produisent également des effets juridiques. Dans ce cas, des normes étatiques installent une présomption réfutable qu'une certaine norme privée s'applique lorsque certaines conditions sont réunies. Par exemple, l'article 342 al. 1 du Code de commerce allemand permet au ministère fédéral de la justice de désigner une organisation privée chargée d'élaborer des standards de comptabilité pour des groupes d'entreprises. Le ministère a fait recours à cette autorisation et désigné le Comité allemand relatif aux standards de comptabilité (DRSC). Selon, l'article 342 al. 2 du Code de commerce allemand, il y a une présomption réfutable que la comptabilité d'un groupe d'entreprises était dans les règles de l'art si elle était conforme aux standards élaborés par le DRSC.

Un autre exemple est le codex allemand relatif au gouvernement d'entreprises (Deutscher Corporate Governance Kodex, DCGK). Le codex est élaboré par une commission initiée par le gouvernement allemand. Toutefois, cette commission pour

l'élaboration du code relatif au gouvernement d'entreprise est composée de représentants des entreprises. Par ailleurs, elle est financée par les entreprises et elle est indépendante du gouvernement dans ses décisions. Néanmoins, le code a des effets juridiques. Selon l'article 161 de la Loi sur les sociétés anonymes, le comité de direction et le conseil d'administration de chaque société anonyme doivent déclarer chaque année si la société a appliqué ou pas les recommandations du codex. Ils doivent désigner le cas échéant les recommandations qui n'étaient pas appliquées et justifier leur non-application.

Enfin, l'article 346 du Code de commerce stipule que les us et coutumes du commerce doivent être prise en compte dans les relations entre commerçants. Il arrive que des organisations privées élaborent des standards qui reflètent et systématisent le droit coutumier dans un domaine commercial donné. Par exemple, la Chambre de commerce internationale élaborent les Incoterms pour définir les droits et devoirs des commerçants participant aux échanges commerciaux nationales et internationales. Ces Incoterms n'ont pas un caractère de droit applicable. Cependant, ils peuvent servir comme auxiliaire pour identifier le droit coutumier applicable.

Ces exemples indiquent le rang des normes créées par les tiers dans la hiérarchie des normes. Les normes privées ne peuvent avoir d'effet juridique que si un tel effet leur est conféré par une loi étatique. Par conséquent, les normes privées ont un rang en-dessous des lois formelles. Dans d'autres cas, elles n'ont même pas de place dans la hiérarchie des normes. Par exemple, les Incoterms ne sont pas une source propre de droit, mais seulement un simple élément d'identification du droit coutumier applicable.

1.3 Quels sont les prérogatives du tiers dans le mécanisme de contrôle de conformité des normes aux normes de rang supérieur ?

Les tiers possèdent différentes possibilités d'initier un contrôle de conformité des normes aux normes de rang supérieur.

Toute personne naturelle ou juridique peut former un recours constitutionnel concernant la conformité d'une loi avec la constitution auprès de la Cour constitutionnelle fédérale (Art. 93 al. 1 n° 4 lit. a Loi fondamentale). Un tel recours constitutionnel qui est dirigé contre la validité d'une loi doit être déposé dans délai d'un an après l'adoption de la loi concernée (Art. 93 al. 3 Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale). Néanmoins, un recours direct contre une loi n'est recevable que si cette loi a des effets juridiques directs sur l'individu concerné.

Un contrôle implicite d'une loi est également possible après l'expiration de cette période d'un an. En effet, le contrôle de la validité constitutionnelle d'une loi adoptée par le parlement peut faire partie de chaque action judiciaire. Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision viole la constitution, les juges doivent obligatoirement soumettre la question de la validité constitutionnelle de cette loi à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale (Art. 100 al. 1 Loi fondamentale). Contrairement au recours constitutionnel, cette soumission n'est pas liée à un délai particulier.

Si le tribunal compétent estime que cette soumission n'a pas lieu d'être, un individu peut aussi former un recours constitutionnel concernant le jugement de la dernière instance. Dans ce recours constitutionnel, la Cour constitutionnelle fédérale peut implicitement également contrôler la constitutionnalité des lois appliquées dans le jugement en question.

Finalement, si un tribunal estime qu'une ordonnance exécutive ou un statut au niveau local n'est pas en conformité avec la constitution ou avec d'autres normes de rang supérieur, les juges sont obligés de ne pas appliquer cette norme. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de soumettre la question de validité à la Cour constitutionnelle fédérale.

II. L'intérêt du tiers

2.1 Le tiers doit-il justifier d'un intérêt (particulier) pour participer à une procédure administrative, lorsque celle-ci est, par exemple :

2.1.1 Contentieuse

2.1.2 Non-contentieuse

2.1.3 Cas échéant, contractuelle

Le principe fondamental concernant la participation à une procédure administrative est consigné dans l'article 13 de la Loi sur la procédure administrative. Selon cette norme, les parties intéressées d'une procédure administrative sont d'abord le requérant d'une demande, le destinataire d'un acte administratif et la partie contractante privée dans un contrat avec l'administration (Art. 13 al. 1 Loi sur la procédure administrative).

De plus, l'administration peut adjoindre toute partie dont les intérêts légaux sont affectés (Art. 13 al. 2 Loi sur la procédure administrative). En principe, l'administration a une marge d'appréciation quant à la consultation de celle-ci. Toutefois elle est obligée d'adjoindre une partie tiers si cette dernière en fait la demande et si l'acte ou le contrat administratif en question produit un effet juridique à son égard. Par exemple, une municipalité doit être adjoint à une procédure administrative si son consentement est nécessaire pour l'arrêté d'une permission de construire (Art. 36 Code de la construction). Dans une procédure administrative qui a pour but la conclusion d'un contrat administratif, un tiers est considéré comme partie intéressée si son consentement est nécessaire pour que le contrat puisse réaliser son but.¹ Les droits principaux qui résultent de la position de partie intéressée sont le droit d'être écouté par l'administration avant la prise de la décision (Art. 28 Loi sur la procédure administrative) et le droit d'accès aux dossiers (Art. 29 Loi sur la procédure administrative).

Dans certains cas, il existent des règles particulières concernant la participation des tiers. Par exemple, la Chambre de commerce et d'industrie peut demander la radiation d'une entreprise artisanale du répertoire des métiers sous certaines conditions (Art. 13

¹ JOHANN BADER & MICHAEL RONELLENFITSCH, *BeckOK VwVfG*, 26^e édition, 2015, § 13, n° 22.

al. 2 Loi sur le règlement du métier artisanal). En plus, la Chambre de commerce et de l'industrie peut aussi contester l'immatriculation d'une entreprise artisanale dans le répertoire des métiers (Art. 12 Loi sur le règlement du métier artisanal).

Dans le cadre du droit de la concurrence et du droit de la régulation économique, l'administration doit faire participer toute partie dont les intérêts sont affectés d'une manière importante (Art. 54 al. 2 n° 3 Loi contre les restrictions portées à la concurrence ; Art. 134 al. 2 n° 2 Loi sur la télécommunication ; Art. 66 al. 2 n° 3 Loi sur la gestion de l'énergie). C'est notamment le cas des concurrents de l'entreprise à laquelle la procédure administrative s'adresse. C'est ensuite celui des associations de consommateurs qui ont également le droit de participer à la procédure si la décision administrative a des effets pour un grand nombre de consommateurs. C'est enfin celui en droit des marchés publics, lorsque des entreprises tierces dont les intérêts sont affectés d'une manière importante par une décision administrative ont le droit de faire partie de la procédure (Art. 109 Loi contre les restrictions portées à la concurrence).

2.2 Le tiers doit-il justifier d'un intérêt (particulier) pour contester :

2.2.1 Un acte unilatéral ?

2.2.2 Un acte contractuel

Une action judiciaire contre un acte du pouvoir public n'est recevable que si le demandeur invoque que l'acte contesté l'affecte dans ses droits subjectifs (Art. 42 al. 2 Loi sur la procédure devant les tribunaux administratifs). Un tiers qui ne peut pas invoquer un droit subjectif ne peut pas contester un acte du pouvoir public. Le but de cette norme est d'exclure l'action populaire ;² le législateur allemand craignait que la tolérance de l'action populaire aurait pour conséquence une congestion des tribunaux administratifs.

Une norme confère un droit subjectif à une personne privée si elle a pour but de protéger ses intérêts individuels – soit exclusivement, soit aux côtés des intérêts publics.³ Dans tous les cas, une personne privée détient un droit subjectif si un acte du pouvoir public l'adresse. Les tiers disposent d'un droit subjectif si la norme contentieuse s'adresse à un cercle d'individus qui est distinct du public général.⁴ Ces standards abstraits de ce qui constitue un droit subjectif sont concrétisés par une jurisprudence assez détaillée. Par exemple, dans le droit relatif aux constructions, les tiers protégés sont les voisins d'un projet de construction.⁵ Dans le droit économique public, les normes qui ont pour but de garantir la libre concurrence ou de prévenir l'abus d'une position dominante confèrent un droit subjectif aux concurrents.⁶

Cependant, il y a des tendances suggérant que la protection juridique dans les procédures devant des tribunaux administratifs s'éloigne de cette conception traditionnelle. L'évènement le plus remarquable à cet égard est un jugement du

² HERBERT POSSER & HEINRICH AMADEUS WOLFF, *BeckOK VwGO*, 32^e édition, 2015, § 42, n° 109.

³ BVerwGE 27, 307; 81, 334; 82, 344; 92, 313, 317; 151, 158.

⁴ BVerwGE 50, 282, 286.

⁵ Posser & Wolff, *loc. cit.* (note 2), n° 156.

⁶ *Ibid.*

tribunal administratif fédéral du 5 septembre 2013. Dans ce jugement, le tribunal administratif fédéral a accepté une action par une association pour la protection de l'environnement qui a été dirigé contre un plan urbain sur l'émission de dioxyde de carbone. Avec cette décision, le tribunal administratif fédéral a ouvert la procédure juridique administrative pour des actions populaires dans certains cas où les normes contentieuses sont déterminées par le droit de l'Union européenne. Ceci concerne particulièrement le droit de l'environnement dans la mesure où ce dernier est basé sur des directives européennes. Néanmoins, la majorité des auteurs juridiques est opposé à une expansion de cette jurisprudence au principe général que les tiers doivent invoquer un intérêt particulier pour contester un acte de pouvoir public. L'action populaire est, donc, encore l'exception.

2.3 De quel intérêt le tiers doit-il justifier pour avoir droit à l'information ?

En principe, chaque individu a le droit d'accéder des informations officielles (Art. 1 al. 1 Loi relative au droit à l'information). Mais, ce droit d'accès aux informations officielles est limité à plus d'un titre. Premièrement, l'administration peut refuser l'accès aux informations pour protéger certains intérêts publics ; c'est notamment le cas de la publication des informations qui pourrait avoir des désavantages pour les relations internationales de la République fédérale ou pourrait porter atteinte à la sécurité interne ou externe (Art. 3 Loi relative au droit à l'information). Deuxièmement, la publication des informations est interdite si elle pourrait mettre le succès d'une mesure administrative en danger (Art. 4 Loi relative au droit à l'information).

Si les informations concernent des intérêts tiers dignes de protection, l'administration doit évaluer tous les aspects appropriés. Les informations peuvent seulement être publiées si les intérêts de la personne qui les demande sont plus importants que celles du tiers (Art. 5 Loi relative au droit à l'information). Finalement, une publication d'informations est interdite si la protection de la propriété intellectuelle s'y oppose ou si elle touche à des secrets industriels et commerciaux (Art. 6 Loi relative au droit à l'information).

2.4 D'une manière plus générale, qu'est-ce qui distingue l'intérêt du tiers de l'intérêt générale, voire de l'action populaire ?

Pour contester un acte public, un tiers a besoin d'un intérêt particulier. En générale, l'action populaire n'est pas admissible. Pour les détails, voir l'exposé sous point 2.2.

III. L'exécution de tâches publiques et le tiers

3.1 Qu'en est-il de l'exécution de tâches publiques par un tiers. A quelle conditions et avec quel contrôle cette exécution par un tiers peut-elle avoir lieu, en distinguant par exemple :

3.1.1 La subvention

3.1.2 La concession

3.1.3 La délégation

3.1.4 L'engagement contractuel

3.1.5 Le droit commercial (sociétés d'économies mixtes par exemple)

La délégation de tâches publiques à un tiers (*Beleihung*) est soumise à plusieurs conditions. D'abord, la délégation doit être autorisée par une loi adoptée par le Parlement. Il est nécessaire que cette loi ne règle pas seulement l'admissibilité de la délégation en principe, mais qu'elle contienne aussi les modalités principales de la délégation. Si le tiers chargé de la tâche publique doit pour exécuter sa tâche obliger des individus autres, une autorisation conforme doit être contenue dans la loi concernant la délégation. En outre, la loi doit prévoir une surveillance juridique du tiers par l'administration étatique. Dans la doctrine juridique, il y a un débat sur la question de savoir s'il faut soumettre le tiers également à une surveillance matérielle. Cette question n'a pas encore été résolue par la jurisprudence. Finalement, le tiers est lié aux droits fondamentaux dans l'exécution de sa tâche publique.

Des règles particulières s'appliquent aux sociétés d'économies mixtes. Si le capital est majoritairement détenu par une ou plusieurs personnes publiques, la société est soumise aux droits fondamentaux. Dans une décision datant de février 2011, la Cour Constitutionnelle Fédérale a jugé que la Fraport S.A., une société privée, qui gère l'aéroport de Francfort et qui est majoritairement contrôlé par le Land de Hesse et la ville de Francfort, doit respecter la liberté d'association (BVerfGE 128, 226). Par ailleurs, si une société d'économie mixte, qui a pour but d'exécuter des tâches d'intérêt général, est majoritairement contrôlée par des personnes publiques, elle est aussi soumise au droit des marchés publics (Art. 98 n° 2 Loi contre les restrictions portées à la concurrence). Par contre, si les personnes publiques sont minoritaires, c'est-à-dire, s'ils détiennent moins de la moitié des parts, la société n'est soumise directement ni aux droits fondamentaux ni au droit des marchés publics.

3.2 Existe-t-il des domaines où l'exécution de tâches publiques par un tiers est exclue et pour quels motifs – juridiques – politiques ?

La constitution allemande ne connaît pas de limites explicites concernant la privatisation des tâches publiques. Néanmoins, il existe un débat sur la question de savoir si la garantie constitutionnelle de la démocratie et en particulier, l'article 33 al. 4 de la Constitution impose implicitement de telles limites.⁷ Selon la dernière norme, l'exécution des « compétences régaliennes » doit être confiée « régulièrement » à des fonctionnaires publics. Dans un jugement récent du 18 janvier 2012, la Cour

⁷ Voir ALEXANDER THIELE, « Art. 33 Abs. 4 als Privatisierungsschranke », *Der Staat*, Vol. 49 (2010), p. 274-298.

constitutionnelle allemande a clarifié que cette norme concerne non seulement la distribution interne des tâches dans l'administration publique, mais qu'elle impose aussi des limites à la privatisation.⁸ Selon la Cour constitutionnelle, les « compétences régaliennes » mentionnées par l'article 33 al. 4 de la Loi fondamentale comprennent les compétences du pouvoir public à limiter les libertés fondamentales des citoyens par des commandes ou de la force physique.⁹

Cependant, cette limitation de la privatisation n'est pas absolue. En réalité, il s'agit seulement d'une disposition pour le cas « régulier » qui permet des exceptions. Ces exceptions demandent une raison objective et importante.¹⁰ Des raisons purement fiscales ne sont pas suffisantes.¹¹ L'admissibilité d'une privatisation d'une tâche régalienne est plutôt déterminée par une appréciation équilibrée de tous les facteurs appropriés.¹² Dans ce contexte, la rentabilité peut être un facteur en faveur d'une privatisation.¹³ Mais, la privatisation doit aussi avoir des justifications additionnelles. De plus, les raisons en faveur d'une privatisation doivent être mises en balance avec l'intensité potentielle de la limitation des droits fondamentaux effectuée par la tâche publique déléguée aux tiers.

Dans le cas d'espèce, la Cour constitutionnelle jugeait que la privatisation de l'exécution de mesures de sûreté était conforme à la constitution. En outre, l'admissibilité d'une délégation de tâches publiques aux tiers est très contestée. Il y a actuellement une controverse sur la privatisation de l'exécution des peines. Ce qui semble certain est que le pouvoir de la police, la défense nationale et le contrôle des frontières ne peuvent être privatisés. Mais, même dans ces domaines, il n'est pas exclu que quelques tâches particulières peuvent être déléguées aux tiers, comme le contrôle de sécurité aux aéroports. Au bout du compte, c'est la Cour constitutionnelle allemande qui va délimiter les matières où une privatisation est admissible de celles qui doivent être confiées à l'Etat dans les cas concrets.

3.3 De manière plus spécifiques qu'en est-il de l'administration de prestations par les tiers, en particulier le régime juridique applicable au tiers prestataire ainsi qu'aux établissements de droit public ?

Le régime juridique applicable aux tiers prestataires dépend du sujet. Souvent, des tiers se saisissent des services d'intérêt général au niveau municipal. Ils sont mandatés pour les transports publics locaux, le service de voirie ou la fourniture de l'électricité. Si une municipalité délègue certains services d'intérêt général à un tiers, l'étendue des prestations doit être précisée dans la procédure d'autorisation. Le tiers est obligé de fournir les prestations en question (voir, p. ex., l'art. 21 Loi sur le transport de voyageurs). En plus, des obligations additionnelles peuvent lui être imposées par loi ou contrat. Par exemple, une entreprise de transport chargée des transports publics locaux est obligée de transporter toute personne qui respecte les conditions de transport (Art. 22 Loi sur le transport de voyageurs). En contrepartie, le fournisseur

⁸ BVerfGE 130, 76, 111-112.

⁹ BVerfGE 130, 76, 113.

¹⁰ BVerfGE 130, 76, 115.

¹¹ BVerfGE 130, 76, 116.

¹² BVerfGE 130, 76, 117.

¹³ BVerfGE 130, 76, 116-117.

des services d'intérêt général peut, sous certaines conditions, se voir accorder le droit exclusif de prestation (voir, p. ex., l'article 8a al. 8 Loi sur le transport de voyageurs), et bénéficier de subventions si les prestations ne peuvent pas être fournies de façon rentable (voir l'article 8 al. 4 Loi sur le transport de voyageurs en connexion avec l'article 3 Règlement CE n°1370/2007).

Dans les industries de réseau, les entreprises privées sont, sous certaines conditions, chargée des services de base si ces derniers ne sont pas fournis par l'économie de marché. Cette obligation est aménagée de manière différente en fonction de l'industrie concernée. Par exemple, dans le cadre des services postaux, l'autorité de régulation peut obliger l'entreprise dominante à fournir les services de base (Art. 13 al. 2 Loi sur les services postaux). Si les services de base ne peuvent pas être fournis de façon rentable, l'entreprise en question peut demander une compensation (Art. 15 Loi sur les services postaux). Cependant, avant de payer une compensation quelconque, l'autorité de régulation doit faire un appel d'offres. La prestation des services de base est attribuée à l'entreprise postale qui a sollicité la moindre compensation (Art. 14 al. 1 Loi sur les services postaux).

3.4 Quel est le régime de responsabilité applicable au tiers qui exécute une tâche publique ?

La responsabilité de l'Etat pour l'exécution d'une tâche publique par un tiers n'est pas désignée explicitement dans le droit allemand. Le régime de responsabilité a été plutôt développé par la jurisprudence de la Cour de cassation allemande. Traditionnellement, la Cour n'a considéré imputable à l'Etat que certaines actions privées, lorsque les personnes privées étaient complètement soumises aux instructions d'un fonctionnaire public. Selon cette approche, le tiers devait être quasiment l'« outil » de l'Etat pour que ses actions soient imputables au dernier.

Cependant, la Cour de cassation a étendu cette approche étroite dans un jugement de principe en 1993 (BGHZ 121, 161). Dans ce jugement, la Cour argumentait que la marge de décision de l'entrepreneur privé n'est pas le seul facteur décisif. Par contre, il faudrait, prendre notamment la proximité de l'action privée à la fonction publique en considération. Pour déterminer cette proximité à la fonction publique, la Cour a recours à trois critères : (1) le caractère régalien de la tâche discernée; (2) la proximité de l'action en question à cette tâche ; (3) la marge de décision de l'entrepreneur privé.

Cependant, ces critères développés par la Cour de cassation allemande sont souvent critiqués par la doctrine, car ils sont trop vagues. Pour cette raison, il n'est pas surprenant que la jurisprudence se soit développée d'une façon qui n'est pas toujours cohérente. Néanmoins, on peut probablement dégager les principes suivantes : si l'administration limite la liberté des citoyens, toute action privée liée à l'accomplissement d'une tâche publique est imputable à l'Etat ; par contre, dans la gestion des prestations publiques, la Cour de cassation allemande recourt encore à l'approche traditionnel selon laquelle une action privée n'est imputable à l'Etat que si le tiers était l'« outil » de ce dernier.