RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1829/2013-FPUBL **ATA/1532/2017**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 novembre 2017

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Claude Laporte, avocat

contre

HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE - HUG
représentés par Me Pierre Martin-Achard, avocat

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1955, a exercé la profession d'aide hospitalier dans plusieurs établissements publics médicaux accueillant des personnes âgées depuis 1985. Le 20 avril 1995, il a été engagé en cette qualité dès le 1er mai 1995 par les Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG) et affecté à l'hôpital B_____. Le 1er mai 1998, il a été nommé fonctionnaire. Ayant suivi avec succès une formation d'aide-soignant, sa fonction a été modifiée en conséquence dès le 1er février 2004.

2) Durant son activité professionnelle au service des HUG, M. A_____ a participé à six entretiens d'évaluation de son comportement et de la qualité de son travail, le dernier en décembre 2009, tous positifs.

3) Le 24 avril 2012, un entretien s'est déroulé entre la responsable des soins de l'hôpital B_____, l'infirmière responsable de l'unité de M. A_____, la responsable des ressources humaines (ci-après : responsable RH) et M. A_____. Ce dernier a été informé qu'il faisait l'objet de deux plaintes de patientes pour des attouchements sexuels commis à leur encontre entre les mois de février et avril 2012.

   Selon le compte-rendu de l'entretien établi le 2 mai 2012 par la responsable RH, les noms des patientes concernées n'avaient pas été communiqués à M. A_____, afin de respecter leur volonté d'anonymat, mais le détail des faits lui avait été décrit. L'intéressé s'était dit surpris et abasourdi et se demandait si, au travers de ces accusations, il n'y avait pas une volonté des HUG de se débarrasser de lui en raison de son âge, ce qui avait été démenti par ses interlocutrices. Il contestait les accusations portées contre lui. La responsable d'unité avait relevé qu'à plusieurs reprises il lui avait été reproché de se montrer un peu trop familier avec les patientes. La responsable RH lui avait indiqué qu'il n'allait pas pouvoir réintégrer son poste car au vu de la gravité des faits, une enquête administrative allait être ordonnée et une suspension d'activité et de traitement serait prononcée. M. A_____ s'était dit effondré. Cela lui rappelait de mauvais souvenirs car il avait déjà passé par une procédure semblable pour des reproches de même nature lors d'un précédent emploi. La responsable RH lui avait indiqué que s'il ne voulait pas passer à travers ce processus pouvant aboutir à un licenciement, il avait toujours la possibilité de démissionner.

4) Le 25 avril 2012, M. A_____ a écrit au directeur des ressources humaines des HUG (ci-après : DRH) au sujet des accusations dont il venait d'être l'objet. Deux dénonciations étaient intervenues de deux patientes différentes en peu de temps et cette succession rapprochée avait pu donner une forte crédibilité à celles-ci, l'une semblant confirmer l'autre. Toutefois, la première plainte venait d'une

patiente ayant posé de grands problèmes à toute l'équipe soignante, notamment en essayant d'asséner des coups, en se mettant nue à la vue de tous, en traitant de lesbiennes des intervenantes médicales et en se sentant harcelée par les hommes et les femmes. Il ignorait qui était l'auteur de la seconde dénonciation dont il n'avait pas les détails précis, si ce n'était qu'il aurait procédé à des attouchements. Mais « à tout hasard », il portait à la connaissance de son interlocuteur un incident qu'il n'avait pas signalé et dont il avait sous-estimé la portée, à savoir qu'une patiente d'environ 80 ans lui avait fait des avances alors qu'il l'aidait à prendre une douche. Il avait gardé une attitude professionnelle et la patiente était retournée dans sa chambre en silence, dépitée et faisant une grimace à sa voisine. Il se pouvait que cela corresponde à la deuxième dénonciation. Si tel n'était pas le cas, la patiente concernée pourrait témoigner de sa correction professionnelle lors de cet épisode. Il comprenait que les HUG ne pouvaient en aucun cas ignorer ces plaintes et le laisser continuer son travail pendant l'enquête. Il souhaitait seulement que celle-ci soit menée rapidement et de manière approfondie afin que la lumière soit faite et qu'il puisse reprendre son travail qu'il aimait.

5) Le 12 mai 2012, M. A_____ a transmis aux HUG deux notes relatant plusieurs comportements avec allusions sexuelles de la patiente auteure de la première dénonciation, dont il connaissait le nom mais qu'il identifiait par « Mme C. », et une attitude ambigüe durant la seule douche donnée à une patiente dont il supposait qu'elle pourrait être l'auteure de la seconde dénonciation sur la base des éléments qui lui avaient été communiqués et qu'il désignait par « Mme D. ».

6) Le 15 mai 2012, le DRH a répondu au courrier de M. A_____ du 25 avril 2012 et l'a informé qu'il souhaitait le rencontrer dans les plus brefs délais, lui fixait un rendez-vous pour le 22 mai 2012. La responsable RH et une conseillère juridique seraient présentes. Le courrier, expédié par pli simple et en recommandé, mentionnait comme objet : « votre situation professionnelle ».

7) Le 21 mai 2012, les HUG ont dénoncé les fais imputés à M. A_____ au Ministère public. Les dénonciations des patientes étaient transmises anonymisées conformément au souhait de ces dernières.

8) Le 22 mai 2012, M. A_____ s'est vu remettre en mains propres une décision d'ouverture d'enquête administrative à son encontre, assortie d'une suspension provisoire de son activité et de son salaire. Cette décision, datée du 21 mai 2012 et signée pas le président du conseil d'administration des HUG, prenait effet à cette dernière date et était déclarée exécutoire nonobstant recours.

9) Le 31 mai 2012, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision susmentionnée. Son recours a été déclaré irrecevable, les conditions pour entrer en

matière sur la contestation d'une décision incidente n'étant pas remplies (ATA/415/2012 du 3 juillet 2012).

10) Le 5 juin 2012, les HUG ont chargé une avocate genevoise de l'enquête administrative. L'enquêtrice a entendu M. A_____ en audience de comparution personnelle à deux reprises, le 17 juillet et le 29 octobre 2012. Plusieurs audiences d'enquêtes se sont tenues entre ces deux dernières dates, au cours desquelles sept infirmières travaillant dans l'unité de M. A_____ et les deux médecins ayant été en charge des patientes dénonciatrices, ont été entendus en qualité de témoins, en présence de M. A_____ et/ou de son avocat, ainsi que d'une conseillère juridique des HUG, sauf pour deux audiences s'agissant de cette dernière.

11) Le 20 décembre 2012, l'enquêtrice a rendu son rapport. Elle concluait qu'au vu des enquêtes, et bien qu'il ne soit jamais possible d'arriver à une certitude absolue, les indices convergeaient en faveur de la crédibilité des victimes. Il y avait dès lors une très forte vraisemblance qu'il pouvait être admis que M. A_____ avait commis les actes qui lui étaient reprochés. Ces actes, contestés par M. A_____, étaient constitutifs d'infractions pénales et de violations des devoirs de service. L'identité des patientes concernées n'avait pas été dévoilée, compte tenu du fait qu'elles n'avaient pas délié les intervenants médicaux de leur secret professionnel et qu'elles n'avaient pas souhaité porter plainte. Elles avaient été désignées par les initiales C. et D. mais il avait été fait en sorte que les participants à la procédure sachent à quelle patiente il était fait référence.

Les éléments du rapport seront détaillés ultérieurement en tant que de besoin.

12) Le 7 janvier 2013, les HUG ont transmis le rapport d'enquête administrative à M. A_____, en l'invitant à faire part de sa détermination dans les trente jours dès sa réception.

13) Le 7 février 2013, M. A_____ a transmis ses observations aux HUG, demandant à ces derniers de constater qu'il était innocent des faits qui lui étaient reprochés et de le réintégrer dans sa fonction.

Focalisé sur l'établissement de la crédibilité des deux dénonciatrices qui n'avaient pu être auditionnées, le rapport avait négligé l'examen des faits dont il résultait qu'il ne pouvait être l'auteur des attouchements reprochés par Mme C., n'étant, à rigueur de planning, pas de garde la nuit où ils se seraient déroulés et qu'il était par ailleurs impossible de déterminer à quelle date seraient intervenus les attouchements lors d'une douche prodiguée à Mme D. Toutefois, cette dernière, en tout état, l'avait situé à une période où il était en arrêt de travail pour accident. Les faits relatés par Mme D. étaient peu plausibles à la lecture des témoignages recueillis.

Le contenu des observations sera détaillé ultérieurement en tant que de besoin.

14) Par décision du 10 mai 2013, adressée à son destinataire par pli recommandé, les HUG ont mis fin aux rapports de service avec M. A_____ avec effet au 21 mai 2012. Dans sa séance du 8 avril 2013, le bureau du conseil d'administration avait décidé de le révoquer, l'enquête administrative menée à la suite de la dénonciation de faits de nature sexuelle commis à l'encontre de deux patientes ayant conclu à la violation de ses devoirs de service. Son droit d'être entendu avait été respecté lors des entretiens des 24 avril et 22 mai 2012, de même que lors de l'enquête administrative. La résiliation avait effet immédiat et la décision était exécutoire nonobstant recours.

15) Par acte du 10 juin 2013, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision susmentionnée, concluant à son annulation et à ce qu'il soit proposé aux HUG de le réintégrer avec effet au 21 mai 2012. En cas de refus de réintégration, les HUG devaient verser une indemnité correspondant à vingt-quatre mois de son dernier traitement brut.

Les faits n'avaient pas été constatés de manière exacte et complète et l'enquête administrative n'avait pas démontré qu'il avait enfreint un quelconque de ses devoirs de service. La décision violait son droit d'être entendu, faute de motivation suffisante sur le fait de n'avoir pas tenu compte de ses observations tout en faisant siennes les conclusions du rapport d'enquête, alors même qu'il n'avait jamais été confronté à ses accusatrices. Elle procédait d'un abus du pouvoir d'appréciation, étant disproportionnée dès lors que l'issue de la procédure pénale n'était pas connue et elle violait l'interdiction de l'arbitraire.

16) Le 29 juillet 2013, les HUG ont conclu au rejet du recours.

Les faits, résultant d'un faisceau d'indices convergents permettant de conclure que les actes d'ordre sexuel dénoncés avaient bien été commis, avaient été établis de manière exacte, sans arbitraire et dans le respect du droit d'être entendu de M. A_____. Ils étaient constitutifs d'une infraction pénale commise au détriment de patientes, ce qui constituait une violation des devoirs de service. La décision querellée était suffisamment motivée et respectait le principe de la proportionnalité. Le lien de confiance était définitivement rompu, de sorte qu'une réintégration n'était pas envisageable.

17) Le 7 août 2013, la chambre administrative a suspendu la procédure jusqu'à droit jugé devant l'autorité pénale saisie de la dénonciation des HUG contre M. A_____.

18) Le 2 octobre 2013, après interpellation des parties, le juge délégué a donné suite à la requête du procureur en charge de la procédure pénale et lui a transmis

le dossier de la procédure administrative pour consultation, avec possibilité de lever copies.

19) Le 4 octobre 2013, le Ministère public a retourné à la chambre administrative le dossier précité, après en avoir fait une copie intégrale.

20) Par ordonnance pénale du 28 octobre 2014, M. A_____ a été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuels avec des personnes hospitalisées au sens de l'art. 192 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) pour les faits dénoncés par Mme D. Il a été condamné à une peine privative de liberté de six mois, avec sursis pendant trois ans. Les faits dénoncés par Mme C. n'avaient pas été retenus en raison du décès de celle-ci le _____ 2013, avant qu'elle ne puisse être auditionnée.

21) Statuant sur opposition de M. A_____ à l'ordonnance pénale susmentionnée, le Tribunal de police a acquitté l'intéressé des faits qui lui étaient reprochés par jugement du 30 novembre 2015.

22) Statuant sur appel du Ministère public, la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice (ci-après : CPAR) a rejeté ledit appel le 17 octobre 2016, relevant que le procureur en charge de la procédure n'avait jamais entendu ni Mme D. ni M. A_____, déléguant les auditions à la police ou à une collaboratrice scientifique, et qu'il ne pouvait se reposer sur l'enquête administrative, ne serait-ce qu'en raison du fait que seuls des témoins indirects avaient été entendus, à l'exclusion de la victime. Or, la version des faits de cette dernière, nonobstant sa capacité de discernement entière à l'époque, était le seul élément à charge et n'emportait pas la conviction, sous l'angle de la crédibilité. La crédibilité de M. A_____ était corroborée par des éléments externes. Son innocence ne paraissant pas moins vraisemblable que sa culpabilité, l'acquittement devait être confirmé.

23) Le 29 novembre 2016, M. A_____ a communiqué à la chambre de céans l'arrêt de la CPAR susmentionné, en sollicitant la reprise de la procédure administrative.

24) Le 2 décembre 2016, le juge délégué a repris la procédure administrative et fixé un délai aux parties pour d'éventuelles observations suite à l'issue de la procédure pénale.

25) Le 30 janvier 2017, les parties ont produit leurs observations.

a. M. A_____ a persisté dans ses conclusions. Il avait été acquitté par deux instances pénales qui avaient examiné les faits qui lui étaient reprochés. Il n'y avait pas lieu de s'écarter de l'état de fait établi par les autorités pénales.

Compte tenu des nouvelles dispositions applicables en cas de résiliation des rapports de service contraire au droit, il concluait en outre à ce que sa réintégration soit ordonnée.

b. Les HUG ont campé sur leur position. Les autorités pénales n'avaient pas pu examiner l'ensemble des circonstances, en raison du décès de Mme C. d'une part et, d'autre part, de l'impossibilité de tenir compte des antécédents de l'intéressé dans un emploi antérieur. En outre, la CPAR avait procédé à une appréciation critiquable de certains éléments, de sorte que la chambre administrative n'était pas liée par cet arrêt.

26) Le 23 février 2017, M. A_____ a exercé son droit à la réplique, reprenant son argumentation et relevant que son employeur précédent l'avait formellement disculpé des accusations dont il avait fait l'objet à l'époque.

27) Le 28 avril 2017, le juge délégué a invité les parties à se déterminer sur la portée sur la décision querellée du 10 mai 2013, d'un arrêt de la chambre administrative du 31 mars 2015 (ATA/312/2015) constatant que le bureau du conseil d'administration des HUG n'était pas compétent pour décider de la fin des rapports de service d'un fonctionnaire. Les parties étaient également appelées à faire part de leur détermination sur la question de la prescription éventuelle de la responsabilité disciplinaire.

28) Le 19 mai 2017, M. A_____ s'est déterminé. La jurisprudence de la chambre administrative entraînait le constat de la nullité de la décision de révocation prise par le bureau du conseil d'administration. En outre, la responsabilité disciplinaire était prescrite. Toutefois, le recours conservait un objet dès lors que le seul constat de nullité conduisait à la situation absurde de le faire retomber sous le coup de la décision de suspension provisoire sans traitement prise à son encontre le 22 mai 2012, de sorte que sa situation serait péjorée alors même que deux instances pénales l'avaient acquitté et que la prescription était acquise au plan disciplinaire.

29) Le 22 mai 2017, les HUG ont transmis leur détermination. La décision de révocation était intervenue dans le délai de prescription relatif courant dès la découverte de la violation des devoirs de service. Elle avait toutefois été prise par l'autorité incompétente, comme l'avait retenu la jurisprudence de la chambre administrative. Ils s'en rapportaient à justice quant à une éventuelle prescription de la responsabilité disciplinaire. Si la chambre administrative retenait que tel était le cas, ils ne pourraient prendre de nouvelle décision. La sécurité du droit serait alors compromise en cas de nullité de la décision querellée, sans compter la mise en danger de la sécurité des patients.

30) Le 26 mai 2017, chaque détermination a été transmise à l'autre partie. Aucun échange d'écritures n'était ordonné.

31) Le 15 juin 2017, les parties ont été informées que la chambre administrative avait délégué un juge ad hoc aux fins de procéder à une tentative de conciliation.

32) Une audience de conciliation s'est tenue le 24 aout 2017, sans aboutir, non plus que des pourparlers subséquents entre les parties, qui en ont informé le juge délégué à l'instruction le 22 septembre 2017.

33) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous ces aspects (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de révocation du recourant.

3) La loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05) définit les droits et devoirs des membres du personnel de la fonction publique qui lui sont assujettis (art. 2 al. 1 LPAC). Les membres du personnel de chaque établissement public médical, ainsi que les membres du personnel de l'Hospice général relèvent de l'autorité du conseil d'administration (art. 2 al. 4 LPAC).

Selon l'art. 16 LPAC, traitant des sanctions disciplinaires, les fonctionnaires et les employés qui enfreignent leurs devoirs de service, soit intentionnellement soit par négligence, peuvent faire l'objet, selon la gravité de la violation, des sanctions suivantes :

a) prononcé par le supérieur hiérarchique, en accord avec sa hiérarchie :

1° le blâme ;

b) prononcées, au sein de l'administration cantonale, par le chef du département ou le chancelier d'État, d'entente avec l'office du personnel de l'État ; au sein des services centraux et des greffes du pouvoir judiciaire, par le secrétaire général du pouvoir judiciaire ; au sein de l'établissement, par le directeur général :

2° la suspension d'augmentation du traitement pendant une durée déterminée,

3° la réduction de traitement à l'intérieur de la classe ;

c) prononcées, à l'encontre d'un fonctionnaire, au sein de l'administration cantonale, par le Conseil d'État ; au sein des services centraux et des greffes du pouvoir judiciaire, par la commission de gestion du pouvoir judiciaire ; au sein de l'établissement par le conseil d'administration :

4° le retour au statut d'employé en période probatoire pour une durée maximale de trois ans,

5° la révocation.

En cas de révocation, le Conseil d'État, respectivement la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration de l'établissement, peut stipuler que celle-ci déploie un effet immédiat si l'intérêt public le commande (art. 16 al. 2 LPAC).

4) Le recourant a le statut de fonctionnaire depuis le 1er mai 1998 (art. 5 LPAC).

5) En l'espèce, dans sa séance du 8 avril 2013, le bureau du conseil d'administration des HUG a décidé de révoquer le recourant. Cette décision lui a été communiquée par courrier du 10 mai 2013, signé par le président du conseil d'administration et le président du comité de direction. Les parties ne contestent pas que la décision a bien été prise par le bureau du conseil d'administration.

Dans un arrêt du 31 mars 2015 (ATA/312/2015), la chambre administrative a jugé que la révocation d'un fonctionnaire des HUG prononcée par le seul bureau du conseil d'administration ne répondait pas aux exigences légales, aucune délégation n'étant prévue en faveur de celui-ci pour une décision de cette nature.

En l'espèce, la décision querellée étant de même nature que celle en cause dans l'ATA/312/2015, il y a lieu de retenir de la même manière qu'elle a été prise par une autorité incompétente. Elle est ainsi entachée d'un vice formel, que la lecture des dispositions légales applicables permettait d'identifier.

6) Il est des cas où les vices affectant une décision sont si graves et si évidents qu'ils empêchent celle-ci d'avoir une existence – et donc des effets – quelconques. La décision nulle n'a que l'apparence de la décision et est censée n'avoir jamais existé. La nullité renverse ainsi la présomption de validité des décisions formellement en force. La possibilité de la nullité d'une décision crée une grande insécurité juridique. Elle ne peut être de ce fait admise qu'exceptionnellement. Elle n'est reconnue que si le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable, et si en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Ces conditions sont cumulatives et elles ont pour conséquence que la nullité n'est que très rarement admise. Par ailleurs, des vices de fond n'entraînent que très exceptionnellement la nullité d'une décision alors que de graves vices de

procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée, fonctionnelle ou matérielle, de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_270/2011 du 29 août 2011 consid. 5.1 ; ATA/107/2013 du 19 février 2013 consid. 7 ; ATA/773/2011 du 20 décembre 2011 consid. 2 et les références citées ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 908 ss). Enfin, la nullité d'une décision peut être constatée en tout temps et d'office par n'importe quelle autorité, y compris en instance de recours (ATF 136 II 415 consid. 1.2 ; 132 II 342 consid. 2.1).

In casu, le vice entachant la décision litigieuse entre dans la catégorie des particulièrement graves et était aisément décelable. Il constitue dès lors un motif de nullité.

7) Il reste à examiner si la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit.

8) Dans l'ATA/312/2015, la chambre de céans avait retenu que tel n'était pas le cas, car la situation prévalant jusqu'au 24 septembre 2014, date de la communication de la révocation, perdurait, à savoir que le recourant était toujours fonctionnaire, suspendu provisoirement, sans traitement, par le président du conseil d'administration, dans l'attente d'une décision à l'issue de l'enquête administrative ordonnée. Le 26 juin 2015, le conseil d'administration des HUG avait résilié le contrat de l'intéressé avec effet à la date d'ouverture de l'enquête administrative, vu notamment les conclusions du rapport d'enquête administrative. La chambre administrative a confirmé cette décision (ATA/118/2016 du 9 février 2016).

9) Dans la présente cause, la constatation de la nullité ramènerait les parties à la situation prévalant jusqu'au 10 mai 2013, à savoir que le recourant serait toujours fonctionnaire, suspendu provisoirement sans traitement par décision en force du président du conseil d'administration, dans l'attente d'une décision à l'issue de l'enquête administrative ordonnée le 22 mai 2012. Cependant, contrairement à la situation sanctionnée par l'ATA/312/2015, aucune décision disciplinaire ne peut plus être rendue en relation avec les faits retenus dans le rapport d'enquête administrative.

En effet, selon l'art. 27 al. 7 LPAC, la responsabilité disciplinaire des membres du personnel se prescrit par un an après la découverte de la violation des devoirs de service et en tout cas par cinq ans après la dernière violation, la prescription étant suspendue uniquement pendant la durée de l'enquête administrative. Les faits reprochés au recourant remontant aux mois de février et avril 2012, la responsabilité disciplinaire est prescrite.

10) Par ailleurs, les HUG persistent à retenir à l'encontre du recourant une violation des devoirs de service, contestant l'issue pénale de leur dénonciation, à

savoir l'acquittement de l'intéressé. Ils ont toujours indiqué en cours de procédure qu'ils étaient opposés à une réintégration du recourant. À quoi s'ajoute que seuls les faits concernant Mme D. ont fait l'objet d'investigations dans le cadre de l'instruction pénale. Cela n'a pas pu être le cas pour ceux concernant Mme C., celle-ci étant décédée avant que ne débutent les investigations ordonnées par le procureur. Dans ces circonstances, un constat de nullité laisserait le litige ouvert en son état au 21 mai 2012, sans permettre d'en prévoir l'issue, seule une suite disciplinaire étant désormais exclue.

11) Enfin, il y a lieu de prendre en compte la situation particulière du recourant, telle qu'exposée dans le dossier, sans contestation de la part de l'intimé. Âgé de 62 ans, il n'exerce plus d'activité professionnelle depuis plus de cinq ans. Il n'a pas eu de revenu durant l'année de suspension sans traitement avant la décision de révocation. Ses seuls revenus depuis lors ont été des prestations réduites de l'assurance-chômage durant une année. Il n'a pas retrouvé d'emploi. Il a depuis lors vécu de la rente de l'assurance-vieillesse et survivants de son épouse et d'allocations versées par le service des prestations complémentaires. Ainsi, des dispositions durables sur les plans juridique, administratif et financier notamment, ont dû être prises par les époux A_____ comme par leurs interlocuteurs, qui seraient remises en question en cas de nullité de la décision querellée. En raison de l'écoulement du temps, soit plus de cinq ans, les remettre en question compromettrait gravement la sécurité du droit.

12) La simple annulation de la décision litigieuse ne serait pas davantage propre à sauvegarder la sécurité du droit dès lors qu'elle mettrait le recourant dans une situation identique à celle prévalant au 21 mai 2012, sans prendre en compte les cinq années écoulées, laissant le litige ouvert comme relevé précédemment.

13) Il reste à déterminer si le système mis en place par le législateur genevois en cas de décision mettant fin aux rapports de service contraire au droit pour un motif formel, soit la constatation de la prise de décision par une autorité incompétente, offre la protection nécessaire au recourant.

a. Les conséquences d'une telle décision sont prévues par l'art. 31 LPAC, dont la teneur a été modifiée le 19 décembre 2015.

Conformément aux principes généraux du droit intertemporel, lorsqu'un changement de droit intervient au cours d'une procédure administrative contentieuse ou non contentieuse, la question de savoir si le cas doit être tranché sous l'angle du nouveau ou de l'ancien droit se pose. En l'absence de dispositions transitoires s'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé constituant le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit applicable est en principe celui en vigueur au moment dudit événement. Dès lors, la législation applicable reste en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des

conséquences juridiques (arrêt du Tribunal fédéral 2C_195/2016 du 26 septembre 2016 consid. 2.2.2. ; ATA/1052/2017 du 4 juillet 2017 consid. 4). La LPAC ne contenant pas de disposition transitoire, la décision litigieuse sera donc examinée au regard des dispositions de l'aLPAC, la novelle n'étant pas plus favorable pour les conséquences d'une résiliation des rapports de service contraire au droit.

C'est donc l'art. 31 al. 2 et 3 aLPAC qui est applicable au cas d'espèce. Il s'ensuit que les conclusions prises par le recourant sur la base des art. 31 al. 2 à 4 LPAC seront écartées.

b. Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (art. 31 al. 2 aLPAC). En cas de décision négative de l'autorité compétente, la chambre administrative fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois et supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération (art. 31 al. 3 aLPAC).

Ce système est propre à offrir la protection nécessaire au recourant, qui a d'ailleurs pris des conclusions en proposition de réintégration, alternativement en indemnisation, en se fondant sur les dispositions précitées.

14) En l'espèce, la décision querellée étant entachée d'un vice procédural grave, la chambre administrative retiendra qu'elle est contraire au droit.

Dans la mesure où l'autorité intimée s'est expressément et constamment opposée à la réintégration du recourant, il y a lieu de procéder directement à la fixation de l'indemnité à laquelle il a droit en vertu de l'art. 31 al. 3 aLPAC.

15) a. Conformément à la jurisprudence actuelle de la chambre administrative en matière de fixation d'une indemnité en cas de licenciement d'agents publics, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, et de les apprécier sans donner une portée automatiquement prépondérante à certains aspects (ATA/274/2015 du 17 mars 2015 consid. 9b ; ATA/744/2014 du 23 septembre 2014 consid. 4b et les références citées). Cette nouvelle jurisprudence a été confirmée par le Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 8C_472/2014 du 3 septembre 2015 consid. 11.2 ; 8C_421/2014 du 17 août 2015 consid. 3.4.2 ; 8C_436-437/2014 du 16 juillet 2015 consid. 9.2).

Dans les cinq exemples qui suivent, l'indemnité pouvait aller jusqu'à vingt-quatre mois.

Dans deux affaires, dans lesquelles les licenciements pour suppression de poste étaient contraires au droit en raison de la violation du droit d'être entendu du fonctionnaire, la chambre administrative a fixé l'indemnité respectivement à douze et dix-huit mois, en tenant notamment compte de la durée des rapports de service, respectivement de plus de quatre et dix ans, du parcours professionnel

sans reproches ainsi que de la gravité particulière de l'atteinte au droit d'être entendu, en raison du refus de réintégration en dépit de la disponibilité du recourant (ATA/196/2014 du 1er avril 2014 consid. 13 ; ATA/195/2014 du 1er avril 2014 consid. 13). Le Tribunal fédéral a toutefois considéré que ces montants allaient au-delà des limites admissibles sous l'angle de l'arbitraire, au motif que les licenciements en cause avaient été invalidés en raison de la violation d'une garantie de procédure et que, sur le fond, il n'avait pas été constaté qu'ils étaient injustifiés (arrêts du Tribunal fédéral 8C_413/2014 du 17 août 2015 consid. 5.2 ; 8C_417/2014 du 17 août 2015 consid. 5.2). Notre Haute Cour a donc réduit le montant de l'indemnité à six mois de traitement, qui s'ajoutait aux trois mois de salaire alloué pour suppression de la fonction.

Dans une autre cause, la chambre administrative a pris en compte la gravité de la violation du droit d'être entendu de l'intéressée, l'importante péjoration de sa situation financière, n'ayant eu d'autre choix que la retraite anticipée, et de son activité de plus de vingt ans pour l'autorité intimée pour fixer l'indemnité à quinze mois (ATA/193/2014 du 1er avril 2014 consid. 17). Reprenant son argumentation précitée, le Tribunal fédéral a réduit le montant de l'indemnité à six mois de traitement, considérant au surplus que la collaboratrice avait été mise au bénéfice d'une pension de retraite, ce qui était de nature à atténuer les conséquences de la perte de son emploi (arrêt du Tribunal fédéral 8C_421/2014 du 17 août 2015 consid. 4.2).

Dans une affaire dans laquelle le licenciement était vicié matériellement en raison de la violation du principe de proportionnalité et de l'abus du pouvoir d'appréciation par l'autorité intimée, la chambre administrative a accordé une indemnité de douze mois au recourant. S'il avait frappé un collègue au visage, il avait agi par légitime défense. La chambre administrative a également tenu compte de la durée de rapports de service de plus de dix ans, de l'absence d'antécédents dans son parcours professionnel, du retrait d'effet suspensif à la décision de révocation par l'autorité intimée, du refus de le réintégrer alors qu'il y était disposé, de la faute de l'intéressé et du fait qu'après une période d'incapacité de travail pour laquelle il avait été indemnisé à hauteur de son traitement, il avait subi une période de chômage puis avait retrouvé un emploi à un salaire nettement inférieur pour une durée de six mois avant de subir une nouvelle période de chômage (ATA/258/2014 du 15 avril 2014 consid. 9). Le Tribunal fédéral a estimé que ledit montant de l'indemnité restait dans les limites admissibles sous l'angle de l'arbitraire compte tenu des motifs invoqués dans l'arrêt cantonal (arrêt du Tribunal fédéral 8C_436/2014 du 16 juillet 2015 consid. 10.1).

Dans un autre cas de licenciement matériellement vicié en raison d'une violation des principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement, la chambre administrative a tenu compte de la gravité de la faute du recourant qualifiée de moyennement grave, de la violation du droit par l'autorité intimée

dans le cadre du licenciement, du refus de réintégration malgré la disponibilité du recourant, de la durée des rapports de service qui était de cinq ans, du fait qu'il n'avait pas retrouvé de travail, qu'il était âgé de soixante ans et qu'il lui serait difficile de retrouver un emploi pour fixer l'indemnité à quinze mois (ATA/744/2014 précité consid. 5). Cet arrêt n'a pas été porté devant le Tribunal fédéral.

Enfin, dans une autre affaire de licenciement matériellement vicié faute de motif important justifiant une telle décision, la chambre administrative a fixé l'indemnité due par l'autorité intimée à six mois du dernier traitement brut, ce qui correspondait à la moitié de l'indemnité maximale limitée dans ce cas-ci à douze mois contrairement aux cinq cas susmentionnés. Parmi les circonstances prises en compte pour la fixation de ladite indemnité, figuraient le contexte professionnel particulier, l'importante responsabilité de l'autorité intimée dans la péjoration des conditions de travail et par voie de conséquence dans la diminution de la qualité du travail du collaborateur, les excellents antécédents de ce dernier, son âge (à savoir 56 ans), la durée des rapports de service de plus de quatre ans, le refus de réintégration malgré la disponibilité de l'intéressé et la période de chômage ayant suivi la cessation des rapports de service (ATA/273/2015 du 17 mars 2015 consid. 11 à 13 et 17). Cet arrêt n'a pas été contesté devant le Tribunal fédéral.

b. La chambre administrative n'a pas pour pratique de condamner un employeur au paiement d'un montant chiffré, mais de fixer l'indemnité pour refus de réintégration à un certain nombre de mois du dernier traitement brut de l'employé, conformément à l'art. 31 al. 3 aLPAC (ATA/258/2014 précité consid. 7). De plus, l'indemnité fondée sur cette disposition comprend le treizième salaire au prorata du nombre de mois fixés et n'est pas soumise à la déduction des cotisations sociales (ATA/1301/2015 du 8 décembre 2015 consid. 9).

16) En l'espèce, la chambre de céans se fondera sur l'ensemble des circonstances et en particulier les éléments suivants :

a. Au stade de l'enquête administrative, les deux patientes dénonciatrices n'ont pas été entendues. Le rapport d'enquête administrative le justifie par le fait qu'elles n'avaient pas souhaité déposer plainte et n'avaient pas levé les intervenants médicaux de leur secret professionnel. Le seul effet concret de ce dernier point a été l'absence de mention de l'identité des intéressées dans les procès-verbaux et le rapport lui-même puisque les intervenants médicaux et notamment les médecins traitants de celles-ci se sont exprimés sur leur état de santé physique et psychique. Quant à la première explication, elle pourrait être recevable si d'autres personnes avaient été témoins des faits reprochés au recourant, ce qui n'est pas le cas, ou encore si les dénonciatrices n'avaient pas été en état de faire une déposition, ce qui n'a pas été soutenu.

Ainsi, aucune relation directe et contradictoire des faits ne figure au dossier, non plus qu'une appréciation immédiate par l'enquêtrice de la crédibilité des dénonciatrices, alors, par exemple, que leur situation des faits dans le temps était incertaine – Mme C. a initialement signalé des faits s'étant produits plusieurs nuits durant, à une période durant laquelle le recourant n'était pas de service et Mme D. a relaté ses accusations à l'encontre du recourant en les situant deux ou trois semaines avant, période durant laquelle le recourant était en arrêt de travail, alors que la seule douche pour laquelle ce dernier l'a accompagnée remontait à quarante-huit heures avant qu'elle n'en parle – , que les souvenirs temporels des témoins ne coïncident pas toujours avec les extraits produits des dossiers et que l'intimé allègue qu'une date qui y est mentionnée est erronée.

Cette lacune n'a pu être comblée par l'enquête pénale, seule Mme D. ayant pu être auditionnée, par la police uniquement, deux ans après sa dénonciation, après qu'il avait fallu lui rappeler son hospitalisation.

b. La longue carrière du recourant au sein des HUG a été sans accroc entre le 1er mai 1995 et les faits rapportés par deux patientes entre février et avril 2012. Il ressort du dossier qu'il était un aide-soignant apprécié de l'ensemble de ses collègues, comme des patients.

Alors qu'il avait lui-même attiré l'attention sur un incident pouvant constituer un antécédent survenu dans son précédent emploi, il ressort des pièces du dossier que l'employeur d'alors a entièrement disculpé le recourant, lui réitérant expressément sa confiance. Il n'a donc pas été licencié comme le soutient à tort l'intimé.

c. Le recourant a été acquitté par deux juridictions pénales, pour les faits dénoncés par Mme D.

L'intimé critique en vain ces deux jugements, en relevant que leur portée est strictement limitée au droit pénal. Il se limite à substituer son appréciation à celles du Tribunal de police et la CPAR, qui ont examiné les mêmes faits que ceux dénoncés par les HUG et sur lesquels a porté l'enquête administrative.

d. L'employeur a refusé d'entrer en matière sur une réintégration, malgré la disponibilité du recourant. Dans ce contexte, si l'on ne peut lui reprocher d'avoir initialement fermement invoqué le principe de précaution, force est de constater qu'il n'a jamais nuancé sa position nonobstant l'évolution du dossier, alors même qu'il est un établissement employant plusieurs milliers de personnes.

e. La violation procédurale est grave.

f. Le recourant enfin est âgé de plus de 60 ans et n'exerce plus d'activité professionnelle depuis plusieurs années, facteurs compromettant son employabilité.

Ainsi, l'indemnité sera arrêtée à vingt-quatre mois de son dernier traitement brut au sens de l'art. 2 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'État, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait - B 5 15), comprenant le treizième salaire au pro rata temporis et non soumise aux déductions des cotisations sociales, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 21 mai 2012, date à partir de laquelle M. A_____ a été suspendu sans traitement.

17) Au de ce qui précède, le recours sera admis. La décision litigieuse sera déclarée contraire au droit. L'indemnité due par l'autorité intimée sera fixée à vingt-quatre mois du dernier traitement brut de M. A_____, comprenant le treizième salaire au pro rata temporis et non soumise aux déductions des cotisations sociales, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 21 mai 2012.

18) Aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée au recourant, à la charge des HUG (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 juin 2013 par Monsieur A_____ contre la décision des Hôpitaux universitaires de Genève du 10 mai 2013 ;

au fond :

l'admet ;

constate que la décision du bureau du conseil d'administration des Hôpitaux universitaires de Genève du 10 mai 2013, mettant fin aux rapports de service avec Monsieur A_____, est contraire au droit ;

constate que la réintégration de Monsieur A_____ n'est pas possible ;

dit que les Hôpitaux universitaires de Genève doivent verser à Monsieur A_____ une indemnité fixée à vingt-quatre mois de son dernier traitement brut, comprenant le treizième salaire au pro rata temporis et non soumise aux déductions des cotisations sociales, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 21 mai 2012 ;

les y condamne en tant que de besoin ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge des Hôpitaux universitaires de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Claude Laporte, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Pierre Martin-Achard, avocat des Hôpitaux universitaires de Genève.

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Steck, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Balzli

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :