



Monsieur
E _____
Dom. élu: Me Gilles CRETOL
Place du Molard 3
1204 GENEVE

Madame T _____
c/o CENTRE SOCIAL PROTESTANT
Rue du Village-Suisse 14
Case postale 171
1211 GENEVE 8

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 29 octobre 2007

Mme Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente

MM. Jean-Marc HILDBRAND et Bernard JEANNERET, juges employeurs

MM. Christian CANELA et Christian FONCK, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

A. a) La présente Cour est saisie d'un appel formé par E_____, appelant, le 23 octobre 2006, ainsi que d'un appel incident formé par T_____ (ci-après T_____), intimée, le 12 janvier 2007, à l'encontre d'un jugement n° TRPH/710/2006, rendu le 19 septembre 2006 et communiqué aux parties par plis recommandés du 20 septembre 2006.

Dans cette décision, le Tribunal des Prud'hommes (groupe 5) a déclaré irrecevable, pour défaut de compétence *ratione materiae*, la demande de T_____ en tant qu'elle visait au paiement, aux institutions compétentes, des charges sociales dues sur ses salaires par son ancien employeur, E_____.

La recevabilité de cette demande a, en revanche, été admise pour ses autres conclusions.

Les premiers juges ont, sur le fond, condamné E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 8'145,10 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2004, à titre d'indemnités pour vacances non prises, dues à cette dernière sur la base de son dernier salaire net de fr. 3'500.-, la partie qui en avait la charge étant invitée à opérer les déductions sociales légales et usuelles.

E_____ a, en outre, été condamné à délivrer un certificat de travail à T_____, les parties étant, pour le surplus, déboutées de toutes autres conclusions.

b) E_____ conclut, en appel de ce jugement, principalement, à son annulation, l'intimée devant être déboutée de toutes ses prétentions.

Subsidiairement, il conclut à ce que les indemnités pour vacances non prises soient fixées à fr. 4'933,05, montant qu'il reconnaît devoir à T_____, le jugement querellé pouvant être confirmé pour le surplus.

Il y a lieu de préciser que l'appelant calcule ce montant sur la période s'étendant du 18 novembre 2002, date de l'engagement de l'intimée, au 26 septembre 2006, date de la fin du congé maternité de cette dernière, sur la base d'un salaire mensuel net en espèces de fr. 3'000.- jusqu'au 28 février 2005 et de fr. 3'500.-, du 1^{er} mars 2005 au 26 septembre 2005 et en considérant qu'elle pourrait avoir pris 5 semaines de vacances, au total, pendant toute la durée de son emploi, comme elle l'allègue.

Dans son mémoire de réponse, l'intimée conclut à ce qu'E_____ soit débouté de ses conclusions en appel.

Sur appel incident, elle conclut à ce que le premier jugement soit intégralement confirmé, à ce que le précité soit, en outre, condamné à lui verser la somme de fr. 17'500.- avec intérêts moratoires, soit le total des salaires nets qui lui sont dus, à raison de fr. 3'500.- par mois, pour la période du 1^{er} octobre 2005 au 28 février 2006, enfin à ce

qu'il soit condamné à remplir et à compléter le formulaire ad hoc relatif à l'assurance maternité, ce dans les 8 jours suivant l'entrée en force du présent arrêt.

Par écritures de réponse du 24 mars 2006 à cet appel incident, E_____ conclut à son rejet, en rappelant toutefois qu'il a acquiescé au dispositif du premier jugement le condamnant à établir un certificat de travail en faveur de T_____.

B. Les éléments pertinents suivants résultent du dossier :

a) T_____ persiste à réclamer, en appel, à E_____, des salaires mensuels nets d'octobre 2005 à février 2006, à raison de fr. 3'500.-- par mois.

A cet égard, il n'est pas contesté par les parties que T_____, bénéficiant d'une formation d'infirmière acquise dans son pays d'origine - mais qui n'avait à l'époque pas de permis de séjour ni de travail en Suisse - a été engagée oralement par E_____, le 18 novembre 2002, en qualité d'employée de maison au service des époux E_____, des personnes âgées, étant précisé que Mme E_____ avait une santé déficiente.

T_____ a travaillé, dans ce cadre, d'abord jusqu'en février 2003 à raison d'une semaine de 40 heures sur deux, pour un salaire horaire net de fr. 20.-, ses frais de nourriture à midi étant pris en charge par son employeur, puis, dès le 1^{er} mars 2003, à plein temps, toujours pour 40 heures de travail par semaine.

Par ailleurs, le 22 mars 2005, les parties ont conclu un contrat de travail écrit avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2005, qualifiant l'emploi de l'intimée comme celui d'une employée de maison, sans autre précision, prévu pour une durée déterminée échéant au 28 février 2006 et portant sur un salaire mensuel net en espèces de fr. 3'500.- et brut de fr. 4'181.- (arrondis), les frais de nourriture à midi de l'intimée étant pris en charge, en sus de ce salaire, par son employeur au domicile de ce dernier (pièces 2 et 3 intimée).

C'est le lieu de préciser que, pour des raisons de santé, E_____ a été excusé, certificats médicaux à l'appui, et n'a jamais comparu aux audiences fixées tant par les premiers juges que par la présente Cour pour l'entendre, son Conseil l'ayant représenté et s'étant exprimé à sa place.

Les parties divergent sur le montant du salaire net mensuel en espèces convenu lors du premier changement de régime contractuel, le 1^{er} mars 2003, salaire qui a alors été fixé jusqu'au 28 février 2005, à fr. 3'000.-, selon E_____, et à fr. 3'500.-, selon T_____.

L'intimée a déclaré devant la présente Cour, au sujet de ce point litigieux, avoir, déjà avant la conclusion de son contrat écrit, en mars 2005, signé des quittances mensuelles pour ce salaire net en espèces de fr. 3'500.-, qui lui était versé par le Conseil de l'appelant.

Ce dernier a répondu n'avoir aucune quittance signée de la main de l'intimée dans son dossier, pour ensuite se raviser en constatant, au cours de l'audience, qu'il en possédait bien au moins une, datée du 7 juin 2005 mais ne mentionnant aucun montant, qui a été visée *ne varietur* et versée au dossier (p.-v. d'audience du 26 avril 2006, p. 5).

b) Il est à noter, par ailleurs, que le litige entre les parties portant sur le paiement par E_____ des charges sociales afférentes aux salaires de T_____, fixées par cette dernière à fr. 38'489.- dans sa demande, paraît être devenu sans objet, au vu des courriers du Conseil de l'appelant figurant au dossier, soit, respectivement, celui du 29 septembre 2005 adressé à T_____ et celui du 2 août 2006 adressé à la Juridiction des Prud'hommes.

c) a) Les parties divergent aussi sur la date de cessation effective de son emploi auprès des époux E_____ par T_____, soit le 26 mai 2005, selon cette dernière, et le lendemain 27 mai 2005, selon E_____.

Il est, en revanche, constant que l'intimée a accouché le 3 juin 2006 de l'enfant dont elle était enceinte.

Elle a déclaré à la Cour de céans avoir annoncé à ses employeurs, en janvier 2005 déjà, cette grossesse et la date prévue pour son accouchement, soit le 14 juin 2005, puis avoir appris que les époux E_____ avaient commencé à lui chercher une remplaçante dès avril 2005, enfin avoir appris d'E_____ le 26 mai 2005 - son dernier jour de travail sur ordre de son gynécologue, son accouchement étant imminent - qu'il lui avait trouvé une remplaçante jusqu'à fin décembre 2005.

Cette déclaration a été contestée par le Conseil du précité, selon lequel les époux E_____ n'avaient appris la grossesse de l'intimée que lorsqu'elle ne s'était plus présentée à son poste de travail, le 27 mai 2005 (p.-v. d'audience du 26 avril 2006, p. 2 à 4).

Il ressort, par ailleurs, du contrat de travail conclu le 1^{er} juin 2005 entre E_____ et A_____, versé au dossier par l'appelant dans le délai imparti par les premiers juges, qu'à compter du 27 mai 2005 inclus, la précitée a remplacé T_____ dans ses fonctions d'employée de maison au service des époux E_____, pour une durée déterminée échéant le 31 décembre 2005 et pour un salaire mensuel net en espèces de fr. 4'000.-, ses frais de nourriture pour le repas de midi étant, en sus, à la charge de son employeur.

Le témoin P_____, employée par le fils de l'appelant et travaillant dans le même bâtiment que l'intimée, a été entendue à ce sujet par les premiers juges, le 11 avril 2006.

Elle a déclaré que T_____ lui avait bien annoncé, quelques jours avant son départ, qu'elle allait quitter son poste de travail, en précisant qu'elle entendait par la suite trouver un emploi d'infirmière; à la même occasion, P_____ avait appris de l'intimée qu'elle était enceinte lorsque cette dernière avait soulevé son pull, étant précisé que sa grossesse n'était pas visible sous les vêtements amples qu'elle portait.

Selon ce témoin toujours, Mme E_____ lui avait demandé, à cette même époque, de trouver une remplaçante à T_____, ce que P_____ avait fait en la personne de A_____, qui travaillait encore pour l'appelant en avril 2006, lors de l'audition du témoin précité (p.-v. d'audience du 11 avril 2006, p. 6).

c) b) S'agissant de la période ayant suivi son accouchement, T_____ a confirmé aux premiers juges qu'à l'issue de son congé maternité de 16 semaines - fixée par E_____ au 26 septembre 2006 dans son mémoire d'appel (page 6), sans que cette date ne soit contestée par l'intimée -, elle n'avait ni offert ses services ni ne s'était présentée chez l'appelant pour reprendre son poste de travail, tout en se tenant à disposition de ce dernier, sans autre précision (p.-v. d'audience du 11 avril 2006, p. 7).

Le Conseil de l'appelant a, de son côté, dit aux premiers juges, le 11 avril 2005, qu'E_____ n'avait pas non plus proposé à T_____ de revenir à son poste de travail à l'issue de son congé maternité, ce que ledit Conseil a confirmé devant la présente Cour (p.-v. d'audience du 11 avril 2006, p. 7 ; p.-v. d'audience du 26 avril 2006, p. 4).

Par ailleurs, un collaborateur de ce Conseil a déclaré à la Cour de céans avoir reçu l'intimée en été 2005 mais n'avoir parlé avec elle que de ses allocations pour perte de gain durant son congé maternité, sans qu'elle n'évoquât une quelconque volonté de reprendre son service chez les E_____ ou de se tenir à disposition de ces derniers (p.-v. d'audience du 26 avril 2006, p. 4).

d) Les parties s'accordent enfin pour dire que l'intimée a eu droit à quatre semaines de vacances annuelles, pendant toute la durée de son emploi auprès des époux E_____.

Reste, en revanche, litigieuse, la mesure dans laquelle T_____ a épuisé ses droits à cet égard et, cas échéant, le montant de l'indemnité totale pour le solde de vacances non prises en nature qui lui serait due par l'appelant.

Dans sa demande, T_____ a allégué n'avoir pris que cinq semaines de vacances - soit du 15 au 26 septembre 2003 et du 4 au 23 juillet 2004 - sur la durée totale de son emploi, dont elle situe la fin à l'échéance contractuelle du 26 février 2006, de sorte qu'elle a réclamé un solde de vacances non prises de sept semaines, représentant une indemnisation en espèces de fr. 5'658.- avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2004.

Les parties n'ont pas évoqué ce point lors de l'audience de comparution personnelle du 11 avril 2006 devant les premiers juges.

Au cours de cette audience en revanche, le témoin R_____ a déclaré que l'intimée partait souvent en Hongrie - son pays d'origine -, à savoir une à deux fois par an, parfois pour des absences de deux semaines (p.-v. d'audience du 11 avril 2006, p. 5).

Dans son mémoire d'appel, E_____ a allégué que l'intimée avait pris tous les jours de vacances qui lui étaient dus pendant la durée de son emploi, soit jusqu'à l'issue de son congé maternité, le 26 septembre 2005.

Il n'a, toutefois, subsidiairement pas écarté l'hypothèse que T_____ n'avait, en définitive, pu prendre, pendant cet emploi, que les cinq semaines de vacances dont elle faisait état dans sa demande, de sorte qu'un solde de 32 jours, soit de six semaines et deux jours de vacances, pouvaient lui être indemnisé à ce titre, à raison de fr. 4'933.-, sans intérêts.

Enfin, devant la Cour de céans, le 26 avril 2007, T_____ a produit une attestation manuscrite, établie en Hongrie par la dénommée B_____, le 1^{er} avril 2006, attestation qui a été visée *ne varietur* mais dont la teneur n'a pas été confirmée sous serment par son auteur, sans toutefois qu'elle ne soit contestée non plus par le Conseil de l'appelant.

Il ressort de ce document que B_____ a remplacé l'intimée auprès des époux E_____ précisément durant les périodes de vacances indiquées par T_____ dans sa demande.

C. Par cette demande déposée devant les premiers juges le 30 janvier 2006, cette dernière a assigné E_____ en paiement de fr. 61'647.-, montant composé des différents postes déjà mentionnés ci-avant, et a, en outre, conclu à ce qu'il soit condamné à lui remettre un certificat de travail.

A l'appui de cette demande, elle a, en substance, allégué qu'il avait été convenu, à son engagement, que son employeur payerait aux institutions compétentes les cotisations sociales qu'il retenait sur son salaire en espèces, ainsi que les cotisations patronales.

Elle a aussi fait valoir qu'elle s'était tenue à disposition de son employeur, à l'issue, le 26 septembre 2005, de son congé maternité, mais qu'E_____ ne lui avait jamais offert de reprendre son poste de travail, étant précisé qu'il avait engagé une tierce personne pour la remplacer dès son départ, à fin mai 2005 en vue de son accouchement imminent, et au moins jusqu'en décembre 2005.

Son contrat de travail n'ayant jamais été résilié, il était arrivé normalement à son échéance convenue à fin février 2006, de sorte que son ancien employeur était tenu de lui payer ses salaires échus d'octobre 2005 à cette échéance, les salaires dus pendant son congé maternité, de juin à septembre 2005, étant, par ailleurs, à la charge de l'assurance maternité.

Enfin, T_____ n'ayant pu prendre que cinq semaines de vacances pendant toute la durée de son emploi, du 18 novembre 2002 au 28 février 2006, un solde de vacances non prises de sept semaines devait lui être indemnisé.

D. La cause a été déclarée non conciliée à l'issue de l'audience du 22 février 2006 et elle a été renvoyée devant le Tribunal des Prud'hommes, qui a prononcé, le 19 septembre 2006, le jugement présentement querellé (TRPH/710/2006).

E. Les autres arguments des parties seront, en tant que de besoin, repris ci-dessous dans la partie **EN DROIT** du présent arrêt.

EN DROIT

1. Interjetés dans le délai et suivant la forme prescrite, tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables à la forme.

2. **2.1.** Aux termes des articles 359 et 360 CO, les cantons sont tenus d'édicter des contrats-type de travail dans certains secteurs, notamment le service de maison ; sauf accord contraire, le contrat-type s'applique directement au rapport de travail qu'il régit.

En l'espèce, les activités de l'intimée auprès des époux E_____ paraissent rentrer dans les catégories visées par l'article 1 du Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (J 1.50.03; ci-après le Contrat-type), de sorte que leurs rapports contractuels sont également régis par ledit Contrat-type, sauf pour leurs aspects qui n'y ont pas été réglés de manière exhaustive et qui sont, dès lors, soumis au Code des Obligations (CO), applicable à titre supplétif.

2.2. Les parties ne remettent pas en cause la compétence *ratione loci* de la Juridiction genevoise des prud'hommes, telle que prévue, par ailleurs par le Contrat-type (art. 35).

S'agissant de sa compétence *ratione materiae*, la présente Cour se réfère aux considérants du jugement attaqué, qu'elle entend faire siens, et déclarera irrecevables, sans autre discussion, les conclusions formées par l'intimée dans son appel incident en relation avec l'assurance maternité, étant toutefois relevé que le contentieux entre les parties paraît être devenu sans objet sur ce point (**EN FAIT** ci-dessus, litt. **B.a**)).

3. 3.1. Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées ; Hohl, Procédure civile, tome I, n. 786 ss). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003 ; ATF 114 II 289, consid. 2a).

Toujours à moins que la loi ne prescrive le contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet au juge de

tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

3. 3.2. L'art 2 CC prévoit, par ailleurs, expressément, que chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exercer ses obligations selon les règles de la bonne foi, l'abus manifeste d'un droit n'étant pas protégé par la loi.

4.1. L'art. 336c al. 1, litt c) et al. 2 CO prévoit qu'après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier, sous peine de nullité, le contrat de travail de l'employée, pendant sa grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent son accouchement.

Par ailleurs, l'employée n'a pas l'obligation légale d'informer son employeur de cette grossesse, dans la mesure où celle-ci n'a pas de répercussion sur l'exécution du travail qui lui est confié, la protection contre le congé existant même lorsque les deux parties ignorent l'existence de ladite grossesse (Favre/Munoz/Tobler in Le contrat de travail, Code annoté ad art. 336c CO, note 1.11).

4.2. Il ressort des faits de la cause que l'intimée, bien après l'expiration de son temps d'essai auprès des époux E_____, a mené une grossesse et a accouché, le 3 juin 2006, de l'enfant qu'elle portait.

A cet égard, les déclarations du Conseil de l'appelant, consistant à dire que ce dernier a tout ignoré de cette grossesse, avant l'abandon allégué de son poste de travail par l'intimée, selon lui le 27 mai 2005, et ne lui a donc, *a fortiori*, pas cherché de remplaçante avant cette date, ne sont pas convaincantes.

En effet, ce même 27 mai 2005 coïncide avec le premier jour de travail de A_____, qui a été engagée par E_____ précisément pour remplacer l'intimée, par contrat de travail conclu le 1^{er} juin 2005 mais prenant effet rétroactivement à cette date du 27 mai 2007.

Ce remplacement, intervenu quelques jours avant son accouchement, doit aussi être mis en rapport avec les déclarations de l'intimée, à savoir qu'elle a annoncé à ses employeurs, en janvier 2005 déjà, sa grossesse ainsi que la date de son accouchement, prévu pour le 14 juin 2005, et que les époux E_____ ont commencé à lui chercher une remplaçante dès avril 2005.

A cet égard et surtout, il y a lieu de constater que, selon le témoin P_____, Mme E_____ avait demandé à cette dernière de trouver une remplaçante à l'intimée, qui était encore à son poste de travail, ce que ledit témoin avait fait en proposant A_____ aux époux E_____.

Les déclarations de ce témoin sont d'ailleurs confirmées par la teneur du contrat de travail conclu par l'appelant avec cette remplaçante pour une durée déterminée échéant

le 31 décembre 2005, échéance que l'intimée connaissait pour en avoir été informée par E_____ lors de son dernier jour de travail, le 26 mai 2005, étant encore précisé que ladite remplaçante travaillait encore pour l'appelant en avril 2006.

P_____ a, enfin, elle-même constaté la grossesse de l'intimée, quelques temps avant son dernier jour de travail.

Cette chronologie des faits, ainsi que les déclarations claires de ce témoin, permettent de retenir que, si l'on admet l'hypothèse que l'appelant, en remplaçant l'intimée par une nouvelle employée de maison, le jour ou le lendemain de son arrêt de travail en vue de son accouchement imminent, a voulu résilier définitivement leurs rapports contractuels, un tel congé serait nul en application des principes posés par l'art. 336c CO, qu'il ait su ou non que l'intimée était enceinte, ce qui peut dès lors rester indéterminé en l'espèce.

Il en découle que les rapports de travail entre les parties ont perduré au-delà du 26 ou du 27 mai 2005, ce qu'en définitive, l'appelant ne conteste pas.

En effet, dans son mémoire d'appel, il a fixé la fin de ces rapports contractuels à l'issue du congé maternité de l'intimée, qu'il situe lui-même le 26 septembre 2005, sans que cette date ne soit contestée par l'intéressée - et qui, en passant, confirme que l'intimée a bien quitté son poste de travail le 26 mai 2005, comme l'intimée l'a allégué -.

Enfin, l'Etude du Conseil de l'appelant s'est occupée de la question des allocations pour perte de gain de l'intimée pendant son congé maternité, ce qui, implicitement, confirme que l'appelant avait admis que leurs relations contractuelles perduraient pendant ce congé, étant encore précisé qu'il n'a, par ailleurs, jamais signifié formellement son congé à l'intimée.

5.1. L'art. 324 al. 1 CO prévoit que si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur ne doive encore fournir son travail.

La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait clairement offert ses services. Une telle offre ne résulte pas déjà du fait que l'employeur doit supputer, sur la base des circonstances, que le travailleur est disposé à fournir sa prestation pendant la durée prolongée des rapports de travail (ATF du 23 octobre 1992, publié *in* SJ 1993 p. 365 ; ATF 115 V 444, consid. 5 et 6). L'offre peut être orale ou écrite ou encore réelle lorsque le travailleur se présente à son poste (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 9 *ad* art. 324 CO ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 11 *ss ad* art. 324 CO ; Stahelin, Zürcher Kommentar, n. 4 *ss ad* art. 324 CO). Comme toutes les manifestations de volonté, l'offre du travailleur s'interprète conformément au principe de la confiance ; c'est donc selon les règles de la bonne foi que l'on examinera si l'intention du travailleur d'occuper son emploi était reconnaissable pour l'employeur (CAPH du 27 février 1997 en la cause IX/650/96).

Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que, même en l'absence d'offre de service du travailleur, l'employeur reste devoir le salaire si l'on peut déduire des circonstances qu'il

aurait de toute manière refusé une offre hypothétique de service du travailleur (4C.230/2005).

5.2. En l'espèce, l'appelant et son Conseil ont confirmé n'avoir jamais proposé à l'intimée de reprendre son poste de travail, que ce soit à l'échéance de son congé maternité, le 26 septembre 2005, ou à l'échéance, le 31 décembre 2005, du contrat de travail le liant à A_____, la remplaçante de l'intimée.

Il ressort, par ailleurs, des faits de la cause, que cette dernière n'a pas, de son côté, concrètement et sans équivoque, proposé à son employeur de réintégrer son poste de travail à l'issue de son congé maternité, à fin septembre 2005, de sorte qu'*a priori*, l'appelant ne pouvait être considéré comme étant en demeure à cette date, au sens de l'art. 324 CO.

Toutefois, cette carence de l'intimée ne saurait lui être opposée, en application de l'art. 2 CC interdisant l'abus de droit, ainsi que des principes jurisprudentiels rappelés ci-dessus (ATF 4C.230/2005).

En effet, lors de son dernier jour de travail avant son accouchement, soit le 26 mai 2005, l'intimée a appris de son employeur qu'il l'avait, d'ores et déjà, remplacée par une tierce personne, certes pour une durée déterminée, mais allant au-delà des 16 semaines de son futur congé maternité, échéant le 26 septembre 2005, puisque ce remplacement excédait de plus de trois mois la durée dudit congé maternité.

Dans ces circonstances, on ne pouvait exiger de l'intimée qu'elle demandât à son employeur de réintégrer son poste de travail aussi longtemps qu'il était occupé par sa remplaçante, puisqu'elle pouvait déduire des circonstances que l'appelant aurait, de toute manière, refusé son offre, à tout le moins jusqu'au 31 décembre 2005.

Il découle de ce qui précède que c'est l'appelant qui a, en définitive, bien empêché, par sa propre faute, l'intimée de reprendre son poste de travail auprès de lui avant le 31 décembre 2005, de sorte qu'il doit lui verser ses salaires mensuels nets en espèces, dus d'octobre à décembre 2005.

S'agissant, en revanche, des salaires réclamés par l'intimée pour janvier et février 2006, cette dernière n'a ni allégué ni démontré avoir, sans équivoque et concrètement, manifesté à l'égard de son employeur ou de ses représentants, sa volonté de réintégrer son poste de travail à l'échéance du contrat de sa remplaçante, le 31 décembre 2005.

Ainsi, du fait de cette carence de l'intimée, les conditions de la demeure de l'appelant n'ont plus été remplies au sens de l'art. 324 al. 1 CO à compter du 1^{er} janvier 2006, de sorte que les rapports contractuels entre les parties ont pris fin à cette date, l'appelant étant, dès lors, libéré de son obligation de payer un salaire à l'intimée au-delà de cette date.

En conséquence de l'ensemble de ce qui précède, l'appelant devra être condamné à verser à l'intimée, les salaires mensuels, en espèces, de fr. 3'500.- nets, qui lui sont dus d'octobre à décembre 2005, soit au total fr. 10'500.- avec intérêts à 5 % dès le 15 novembre 2005 (date moyenne), l'appelant étant, pour le surplus, invité à verser aux institutions compétentes les cotisations sociales, légales et usuelles déjà déduites de ce montant ainsi que celles dont il a la charge en sa qualité d'ancien employeur.

En revanche, il ne sera pas fait droit aux conclusions de l'intimée sur appel incident, portant sur le paiement de salaires au-delà du 1^{er} janvier 2006.

6. 1.1. La loi régit les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur, et non comme une simple restriction des prestations dues par le travailleur. Il appartient dès lors au travailleur de prouver l'existence d'une obligation contractuelle de l'employeur de lui accorder des vacances et la naissance de cette obligation du fait de la durée des rapports de travail. Il incombe en revanche à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF du 15 septembre 1999 en la cause 4C.230/1999, consid. 4 ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 7 ad art. 329a CO, p. 1736).

Lorsque le nombre de jours pris ne peut pas être établi avec une absolue certitude, le juge peut faire application analogique de l'article 42 al. 2 CO (ATF 128 III 271, consid. 2b = JdT 2003 I, p. 606).

6. 1.2. Il est admis par les parties que l'intimée a eu droit, sur le principe, à 4 semaines de vacances par année jusqu'à la fin de leurs rapports contractuels, soit concrètement, à deux semaines annuelles durant son emploi à mi-temps du 18 novembre 2002 au 28 février 2003, puis à ces 4 semaines annuelles jusqu'au 31 décembre 2005.

Il n'est, par ailleurs et en définitive, que mollement contesté par l'appelant, dans ses écritures d'appel, que l'intimée n'a utilisé ses droits à ce titre qu'à raison de 5 semaines de vacances au total pendant toute la durée de son emploi, soit en deux périodes, du 15 au 26 septembre 2003, puis du 4 au 23 juillet 2004, temps de vacances effectif que l'attestation manuscrite de la dénommée B_____ - dont la teneur n'a pas non plus été contestée devant la présente Cour par le Conseil de l'appelant, le 26 avril 2007 - est de nature à confirmer.

Il sera dès lors retenu que l'intimée a bien pris ces 5 semaines de vacances en nature - soit 25 jours ouvrables - pendant la durée des rapports de travail entre les parties, qui ont pris fin le 31 décembre 2005, comme la Cour de céans l'a retenu ci-dessus (ch. **5.2.**).

Ainsi, sur 60 jours ouvrables de vacances dus - 3 jours ouvrables du 18 novembre 2002 au 28 février 2003 ; 17 jours ouvrables du 1^{er} mars 2003 au 31 décembre 2003 ; 20 jours ouvrables du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2004 ; 20 jours ouvrables du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2005 - il reste encore dû à l'intimée un solde de vacances non

prises de 35 jours ouvrables, soit de 7 semaines de vacances, que l'appelant doit lui indemniser.

6.2. 1. A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En revanche, après la fin des rapports de travail, l'employeur doit verser à l'employé le salaire total y afférent (art. 329d al. 1^{er} CO).

Par ailleurs, l'art. 24 du Contrat-type prévoit, en référence à la disposition légale précitée, que pendant ses vacances, le travailleur à temps complet a droit à son salaire en espèces et à une indemnité équitable en compensation de son salaire reçu en nature, indemnité calculée selon les normes AVS, soit, pour le repas de midi, frs. 270.- par mois ou frs. 9.- par jour (note ad art. 36 Contrat-type).

6. 2.2. Reste, en l'espèce, à déterminer quel a été le montant du salaire mensuel brut, y compris la valeur des prestations en nourriture de l'appelant, pendant la période du 1^{er} mars 2003 au 28 février 2005, ce point restant litigieux entre les parties.

En effet, ses salaires mensuels bruts successifs sont seuls déterminants pour fonder le calcul des indemnités compensant les vacances non prises par l'intimée pendant son emploi auprès de l'appelant.

L'art 319 al. 1 CO prévoit que, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à lui payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni.

Au sens des art. 320 al. 1 et 322 CO, et sauf disposition contraire de la loi, ce contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale et l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

L'art. 322 al. 1 CO, en particulier, exprime l'idée qu'en droit suisse, la rémunération du travailleur est soumise, en premier lieu, au principe de la liberté contractuelle, notion faisant appel à l'autonomie de la volonté des parties et donc à leur volonté subjective (ATF 122 III 110 = JdT 1996 I 618 (rés.)). La volonté subjective des parties concernant le montant de la rémunération peut, du fait que le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme particulière, être exprimée, par écrit, oralement ou même tacitement, par actes concluants (REHBINDER, Basler Kommentar, ad art. 320 n° 9 – 11 ; WYLER, op. cit., p. 58).

Pour déterminer quel a été le salaire convenu, au sens de l'art. 322 al. 1 CO, il y a lieu de rechercher, tout d'abord et comme le rappelle l'art. 18 al. 1 CO, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations éventuellement erronées utilisées par elles. L'art. 18 al. 1 CO a servi de base au développement, par le Tribunal fédéral, d'une véritable méthode d'interprétation réglant non seulement les cas où les parties sont parvenues à un accord, mais aussi ceux où l'accord n'est pas complet

ou fait défaut (WINIGER, Commentaire romand, n° 132, ad art. 18 CO). Conformément au principe de la primauté de la volonté subjective, consacrée par l'art. 18 CO (ATF 121 III 118 ; ATF 123 III 35), le juge doit en premier lieu rechercher la volonté subjective des parties (ATF 125 III 263 ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n° 834 ; ZELLER, Basler Kommentar, n° 31 ad art. 18). A cet égard, il peut s'inspirer des circonstances antérieures ou survenues postérieurement à la conclusion du contrat et pouvant constituer des indices de la volonté des parties (ATF 4C. 246/2003 ; ATF 118 II 365 ; SJ 1996, p. 553 ; WINIGER, op. Cit., n° 133, ad art. 18 CO).

Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée ou hypothétique des parties en interprétant leurs manifestations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner, même si les parties ne se sont exprimées que par actes concluants (ATF 4C. 246/2003 ; SJ 1996, p. 552 ; ATF 110 II 344 ; ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). C'est alors le contenu objectivé du contrat qu'il y a lieu de déterminer.

Enfin, faute de parvenir à déterminer, par les voies précitées, le salaire convenu entre les parties au contrat de travail, il y a lieu de se fonder sur un salaire usuel, correspondant aux salaires minima découlant d'un éventuel contrat-type, soit en l'espèce, le Contrat-type.

Ce dernier fixe à un minimum de fr. 3'370.-, le salaire mensuel brut total dû, en espèces et en nature, à une gouvernante titulaire d'un CFC, non logée mais nourrie à midi, et travaillant à temps complet (art. 18 al. 1 et note ad art. 36 Contrat-type)

6.2.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que les rapports contractuels entre les parties ont débuté, oralement, sur la base d'un salaire/horaire net de fr. 20.-, pour un emploi à 50 % jusqu'au 28 février 2003, ce qui correspondait, pour 8 heures de travail quotidien, à un salaire journalier en espèces net de fr. 160.- et brut d'environ fr. 170,50, auquel il y avait lieu d'ajouter frs. 9.- de frais de repas de midi.

Cette rémunération correspondait aussi à un salaire mensuel net en espèces de fr. 3'480.- (fr. 160.- x 21,75) et à un salaire mensuel brut de fr. 3'978.-, frais de nourriture à midi, selon les normes AVS, compris ((fr. 170,50 x 21,75) + fr. 270.-).

Par la suite, soit dès le 1^{er} mars 2005, le salaire de l'intimée a été déterminé par le contrat de travail écrit, conclu le 22 mars 2005 par les parties et convenant d'un salaire mensuel net en espèces de fr. 3'500.-, soit brut de fr.4'181.- selon le décompte de salaire de l'intimée pour mars 2005, frais des repas de midi en sus à la charge de l'appelant à raison de frs. 270.-, soit un salaire mensuel brut total de fr. 4'451.- (pièces 2 et 3 intimée).

Il n'est pas contesté non plus que, dans l'intervalle de deux ans entre le 1^{er} mars 2003 et le 1^{er} mars 2005, l'intimée a travaillé à plein temps pour les époux E_____, toujours à

raison de 40 heures par semaine, selon un nouvel accord oral conclu dès début mars 2003.

Comme déjà mentionné, il y a lieu de déterminer quel a été le salaire mensuel net en espèces versé pendant cette période à l'intimée, soit fr. 3'000.- selon l'appelant et fr. 3'500.- selon l'intimée.

A ce sujet, cette dernière a déclaré à la présente Cour avoir signé des quittances mensuelles pour le salaire qu'elle allègue en fr. 3'500.- nets, montant qui lui était versé par le Conseil de l'appelant même avant le mois de mars 2005, date dès laquelle ce salaire mensuel net en espèces a été clairement fixé par contrat écrit.

Or, la seule quittance que ledit Conseil a pu produire, après avoir d'abord contesté l'existence de tels documents, est datée du 7 juin 2005 - soit postérieurement à la conclusion du contrat précité - et ne mentionne aucun montant.

Il est, par ailleurs, observé que la remplaçante de l'intimée pendant son congé maternité, soit dès le 27 mai 2005, a été rémunérée à raison de fr. 4'000.- nets par mois en espèces, frais de nourriture à midi en sus à la charge de l'appelant, selon son contrat de travail produit par ce dernier.

Il découle toutefois de ces pièces que la Cour de céans n'a pas suffisamment d'éléments à sa disposition dans le dossier pour trancher entre les deux positions divergentes des parties au sujet du salaire effectivement dû à l'intimée par l'appelant pour la période incriminée du 1^{er} mars 2003 au 1^{er} mars 2005.

Elle doit dès lors, en application des principes juridiques rappelés ci-dessus (ch. 6.2.2), rechercher la volonté subjective des parties dans le cadre de leurs rapports contractuels de travail, en s'inspirant des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion de leur contrat oral du 1^{er} mars 2003 pouvant constituer des indices de leur volonté, ou, cas échéant, se fonder sur le montant du salaire usuel rémunérant les tâches accomplies par l'intimée.

En l'espèce, la Cour constate que l'intimée a travaillé pendant plus de trois ans pour les époux E_____ à titre d'employée de maison, sans autre précision sur la nature de ses activités, si l'on se réfère à la teneur du seul contrat de travail conclu par écrit par les parties le 1^{er} mars 2005.

Il y a aussi lieu de retenir que l'intimée avait acquis, précédemment à cet emploi, une formation d'infirmière dans son pays d'origine - ce que l'appelant n'a pas contesté -, qu'elle était au service de personnes âgées, dont l'une, l'épouse de l'appelant, avait une santé déficiente, enfin qu'elle était, à l'origine, sans permis de séjour et de travail en Suisse.

C'est dans ce contexte que, jusqu'au 28 février 2003, l'intimée a reçu un salaire journalier net en espèces de fr. 160.-, soit, dans l'hypothèse d'un emploi à plein temps

pour la même rémunération, un salaire mensuel net en espèces de fr. 3'480.- et **brut estimé de fr. 180.- par jour** ou de fr. 3'978.- par mois, y compris ses frais de nourriture pour le repas de midi.

Deux ans plus tard, soit dès le 1^{er} mars 2005, les parties ont convenu par écrit que l'intimée encaisserait, désormais, quasi le même salaire net en espèces que celui qu'elle avait reçu jusqu'au 28 février 2003, simplement arrondi de fr. 3'480.- à fr. 3'500.-- par mois, soit un salaire mensuel brut en espèces de frs. 4'181.- et de **frs. 4'451.-** au total, en y ajoutant la contrevaletur de ses repas de midi.

Au vu des éléments chiffrés qui précèdent, la Cour de céans peine à admettre, que l'intimée a pu accepter, pendant deux ans, une baisse de son salaire net en espèces de près de frs. 500.- par mois (soit des frs. 3'480.-, payés en espèces jusqu'au 28 février 2003, aux frs. 3'000.- allégués par l'appelant), même dans la perspective d'un emploi à plein temps au lieu de son temps partiel d'origine, d'autant que ce changement de régime était tout aussi avantageux pour l'appelant et son épouse, dispensés de recevoir alternativement, une semaine sur deux, des employées différentes.

Pour le surplus, le salaire net précité de fr. 3'480.- jusqu'au 28 février 2003 correspondait à frs 3'978.- bruts par mois, tout compris, soit certes plus de frs 600.- que le salaire minimum prévu par le Contrat-type pour une gouvernante, non logée mais mangeant à midi sur son lieu de travail et employée à temps complet, à laquelle l'intimée pouvait être assimilée, cette différence pouvant toutefois s'expliquer par ses qualifications dans le domaine infirmier utiles pour son activité au service d'une personne souffrante.

Enfin, si on applique les taux des différentes déductions sociales faites sur le salaire de l'intimée dès mars 2005, selon son décompte de salaire du même mois, au salaire net en espèces de sa remplaçante auprès des époux E_____, le salaire mensuel brut en espèces de cette dernière s'élevait à frs. 4'650.- environ, auxquels il convenait d'ajouter la contrevaletur de ses repas de midi à la charge de l'appelant, soit un salaire brut mensuel total de frs. 4'920.- dès le 27 mai 2005, ce qui représentait une augmentation de près de fr. 500.- par rapport au salaire consenti à l'intimée jusqu'à cette date.

En conséquence de l'ensemble de ce qui précède, la Cour de céans estime pouvoir raisonnablement admettre que les parties ont effectivement convenu, comme allégué par l'intimée, que son salaire net en espèces a été fixé par les parties à fr. 3'500.- par mois, du 1^{er} mars 2003 au 28 février 2005 également, soit un salaire brut mensuel total de **frs. 4'451.-**, frais de nourriture à midi inclus.

6.3. Les indemnités dues à l'intimée par l'appelant en compensation de ses vacances non prises en nature du 18 novembre 2002 au 31 décembre 2005 seront dès lors calculées, sur la base des éléments chiffrés ci-dessus, comme suit :

- l'intimée n'ayant pris aucun jour de vacances du 18 novembre 2002 au 28 février 2003, l'appelant doit lui indemniser trois jours ouvrables à ce titre, sur la base d'un

salaires journaliers bruts estimés de frs. 180.-, soit **une indemnité compensatoire de frs. 540.-** (3 x fr. 180.-) pour cette première période.

- De plus, à la fin de la période s'étant étendue du 1^{er} mars 2003 au 31 décembre 2005, il est resté à l'intimée un solde de vacances non prises en nature de 32 jours (cf ch. **6.1.2.** ci-dessus), soit, sur la base d'un salaire mensuel brut total de frs. 4'451.- par mois et de **frs. 204,65 par jour** (fr. 4'451 : 21,75), **une indemnité compensatoire de frs. 6'549.- (arrondis)** (frs. 204,65 x 32).

Dès lors, l'indemnité totale due à l'intimée par l'appelant, en compensation de ses vacances non prises en nature, du 18 novembre 2002 au 31 décembre 2005, est de **frs. 7'089.-**, à verser avec intérêts moratoires à 5 % dès le 30 juin 2004 (date moyenne), la partie qui en a la charge étant invitée à opérer les déductions sociales, légales et usuelles sur ce montant.

7.1. Conformément à l'article 330a CO, l'employé peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (al. 1^{er}). Le contenu de ce certificat doit être exact, c'est-à-dire, de manière générale, être conforme à la réalité et complet (ATF du 4 juillet 2000 en la cause 4C.463/1999, consid. 10b ; JAR 1998, p. 167 ; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2^{ème} éd., n. 4 ad art. 330a CO ; Staehelein/Vischer, Zürcher Kommentar, n. 10 ad art. 330a CO).

7.2. En l'espèce, l'intimée a conclu à la délivrance par l'appelant d'un certificat de travail, ce à quoi les premiers juges ont condamnés ce dernier, en précisant que ledit certificat devait être conforme à la réalité.

En appel devant la présente Cour, l'appelant a acquiescé au premier jugement sur ce point.

Il lui en sera donné acte et il sera pour le surplus condamné, en tant que de besoin, à délivrer à l'intimée un certificat de travail complet et conforme à la réalité.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par E_____ contre le jugement n° TRPH/710/2006, prononcé par le Tribunal des prud'hommes le 19 septembre 2006 dans la cause C/2751/2006, ainsi que l'appel incident formé par T_____;

Au fond :

Annule le jugement précité en tant qu'il a condamné E_____ à payer à T_____, la somme de frs. 8'145,10 avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2004, à titre d'indemnités pour ses vacances non prises en nature.

Le confirme pour le surplus.

Cela fait :

Condamne E_____ à verser à T_____ la somme de fr. 7'089.- à titre d'indemnités pour ses vacances non prises en nature, avec intérêts à 5 % dès le 30 juin 2004 (date moyenne).

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles sur ce montant.

Condamne, en outre, E_____ à verser à T_____ la somme totale de fr. 10'500.- à titre de salaires, avec intérêts à 5 % dès le 15 novembre 2005 (date moyenne).

Invite E_____ à verser aux institutions compétentes les cotisations sociales, légales et usuelles déjà déduites de ce montant net, ainsi que celles dont il a la charge en sa qualité d'ancien employeur.

Donne acte à E_____ de ce qu'il s'engage à remettre à T_____ un certificat de travail complet et conforme à la réalité, couvrant la période du 18 novembre 2002 au 31 décembre 2005, conformément au jugement TRPH/710/2006 prononcé par le Tribunal des prud'hommes le 19 septembre 2006.

Déclare irrecevables les conclusions formées, sur appel incident, par T_____ en relation avec le domaine de l'assurance maternité.

Déboute les parties de toutes autres conclusions

La greffière de juridiction

La présidente