

TOUT L'IMMOBILIER

LA CHRONIQUE DE L'AGEDEC, Association genevoise pour la défense des contribuables (*)

Indemnité de départ...pour quoi ?

Par **Michel LAMBELET**

Avocat – Expert en Fiscalité, Président de l'AGEDEC, GENEVE

Avant de traiter des aspects fiscaux de «l'indemnité de départ», il est nécessaire de s'arrêter sur les qualifications juridiques possibles dès lors que les répercussions seront décisives lors du calcul des cotisations AVS et/ou de l'impôt dû.

En effet, le terme d'indemnité de départ est souvent improprement utilisé pour différents types de prestations.

Au niveau juridique et en parcourant les différentes dispositions légales, trois catégories d'indemnité apparaissent, à savoir les indemnités obligatoires, les indemnités convenues et les indemnités à bien plaisir.

Les indemnités obligatoires

Les indemnités sont imposées par la loi. Rentrent dans cette première catégorie toutes les indemnités que l'employeur devra obligatoirement verser à son salarié à la fin des rapports de service ou au terme d'une éventuelle procédure judiciaire, à savoir notamment:

- l'indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail,
- l'indemnité pour résiliation sans juste motif,
- l'indemnité représentant un, deux ou trois mois de salaire,
- l'indemnité pour longs rapports de travail (salarié âgé d'au moins 50 ans et avec plus de 20 ans de service) pour autant que l'employeur n'en soit pas libéré pour un autre motif,
- l'indemnité correspondant aux vacances non prises,
- l'indemnité pour tort moral,
- l'indemnité pour violation de la loi fédérale sur l'égalité entre homme et femme,
- l'indemnité pour non-respect de la procédure en cas de licenciement collectif.

Les indemnités convenues

Elles vont au-delà des indemnités légales et ont été prévues contractuellement (d'un commun accord entre les parties lors de la signature du contrat d'engagement ou décidées et mentionnées dans des avenants au contrat de travail).

Cette deuxième catégorie recouvre tous les avantages pécuniaires, tels que:

- l'indemnité en cas de licenciement correspondant à "x" mois de salaire,
- le bonus versé en fonction de critères décidés au sein de l'entreprise,
- l'indemnité pour déménagement,
- l'indemnité forfaitaire pour lacune de prévoyance,
- le versement d'un capital à des fins analogues à celles de la prévoyance versé par l'employeur en cas de rupture de contrat sans juste motif.

Les indemnités à bien plaie

Cette troisième catégorie regroupe toutes les indemnités qui ne sont donc pas expressément mentionnées par la loi et/ou dans le contrat de travail.

Il s'agit donc d'indemnités décidées en marge du contrat signé par les parties.

Entrent également dans cette catégorie certains montants alloués alors que les parties étaient d'accord sur le principe lors de la conclusion du contrat, mais pas sur les modalités.

Elles seront, la plupart du temps, décidées unilatéralement par l'employeur et plus favorables au salarié que la stricte application des usances.

Deux catégories composent ce type d'indemnités selon le motif (subjectif) qui a déterminé l'employeur à effectuer une telle prestation, à savoir:

- les indemnités pour «mérite»,
- les indemnités pour «bonne conscience».

Les indemnités pour «mérite» sont les montants versés par l'employeur magnanime en guise de sincères remerciements et/ou pour bons et loyaux services (prime pour ancienneté qui ne serait pas encore une prime pour longs rapports de travail au sens de l'article 339b CO), ou des indemnités pour prestations spéciales dont la cause pourrait être la fermeture de l'entreprise, etc.

En revanche, celles pour «bonne conscience» sont généralement versées par un employeur (ayant mauvaise conscience) qui souhaiterait ainsi atténuer les conséquences du licenciement (qui ne saurait être justifié par un motif objectif tel que la survie de son entreprise ou l'incompétence de son subordonné).

Il peut s'agir:

- d'une prestation de dédommagement pour licenciement,
- d'une indemnité globale pour fin de rapport de travail,
- d'une indemnité pour solde de tout compte.

Impôt et/ou AVS

Au niveau fiscal, le besoin de préciser la nature exacte d'une prestation versée doit encore être renforcé dès lors qu'une soumission aux contributions AVS n'impliquera pas forcément une imposition au titre du revenu et qu'une exonération de l'AVS n'impliquera pas forcément une absence d'imposition au titre des impôts (IFD et ICC).

A ce stade, il convient de souligner que la détermination du type d'indemnités perçues par l'employé nécessite d'affiner les différences d'indemnités en recourant notamment aux différentes acceptions que l'on découvre dans les diverses législations en la matière.

L'indemnisation d'un employé congédié ou démissionnaire a trait au niveau fiscal notamment au «produit de l'activité lucrative dépendante».

Or, le législateur tant fédéral que cantonal, emploie différents termes pour appréhender cette notion, comme par exemple:

- les salaires
- les revenus accessoires
- les commissions
- les gratifications
- les primes pour ancienneté de service
- les indemnités pour licenciement abusif ou pour licenciement sans juste motif
- les indemnités pour licenciement collectif
- les versements de capitaux provenant d'une institution de prévoyance
- les versements de capitaux analogues versés par l'employeur
- les versements de capitaux remplaçant des prestations périodiques futures
- les versements à titre de réparation pour tort moral
- les indemnités obtenues lors de la cessation d'une activité
- les indemnités obtenues lors de la renonciation à l'exercice d'une activité
- les indemnités obtenues en échange de la renonciation à l'exercice d'un droit
- les indemnités à raison de longs rapports de travail
- les indemnités pour prestations spéciales
- les indemnités pour vacances non prises
- les autres avantages appréciables en argent

En outre, la pratique et la jurisprudence regroupent sous le vocable «indemnité de départ» des notions telles que:

- salaire complémentaire
- bonus
- prestation compensatoire
- accroissement unique de fortune
- prestation de dédommagement pour licenciement
- paiement compensatoire pour l'âge et les années de service
- indemnité pour combler des lacunes de prévoyance
- indemnité pour fin de rapports de travail
- indemnité en capital remplaçant des prestations périodiques ayant leur origine dans le passé
- indemnité pour suppression de poste
- indemnité globale
- indemnité à bien plaie
- allocations diverses

- indemnité spéciale
- indemnité pour solde de tout compte

Deuxième conclusion

Face aux diverses acceptions répertoriées ci-dessus, il conviendra tout d'abord de vérifier si le montant versé au titre de «indemnités de départ» n'est pas la somme de plusieurs postes de natures différentes, lesquelles devront être le cas échéant précisées pour pouvoir bénéficier du traitement fiscal approprié.

Insérer le bulletin d'adhésion.

(*) association créée en 2005 dont les membres fondateurs ont été Mme et M LARPIN (Impôts Service) ainsi que Me Michel LAMBELET