

A1 20 92

JUGEMENT DU 23 MAI 2022

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Léna Jordan, greffière *ad hoc* ;

en la cause

N _____ **SA**, recourante, représentée par Maître Frédéric Forclaz, avocat à Sion

contre

CONSEIL D'ETAT DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée et **CONSEIL MUNICIPAL DE A** _____, autorité concernée

et

O _____, **P** _____, **Q** _____, **R** _____, **S** _____, **T** _____,
U _____, **V** _____, **W** _____, **X** _____ et **Y** _____, ainsi que
Z _____, tiers concernés, tous représentés par Maître Philippe Nantermod, avocat à Monthey,

(Construction & urbanisme)

recours de droit administratif contre la décision du 22 avril 2020

Faits

A. L'hoirie de feu B _____ est propriétaire de la parcelle n° xx1, sise sur commune de A _____, folio 102, au lieu-dit « C _____ », en zone centre III selon le règlement des constructions et des zones homologué le 28 juin 1989 (RCCZ). Sur la parcelle voisine n° xx2 est érigé l'immeuble de la communauté des copropriétaires par étage « D _____ ».

Le 22 octobre 1980, une convention avait été signée entre feu B _____, d'une part, et l'architecte E _____ ainsi que le conseil municipal de la commune de A _____, d'autre part. Ce document était formulé comme suit :

« Il est convenu ce qui suit :

- Art. 1 : B _____ retire ses recours contre la construction des balcons de l'immeuble « D _____ ».
- Art. 2 : Les propriétaires de l'immeuble s'engagent à accepter que B _____, lorsqu'il construira un nouveau bâtiment sur son terrain, puisse construire des balcons de même dimension ou dépassant de la façade du bâtiment, autant que ceux du bâtiment « D _____ » dépassent de la leur.
- Art. 3 : B _____ et les propriétaires des « D _____ » procéderont à une rectification des limites de leurs terrains de telle sorte que leur ligne de séparation soit perpendiculaire à l'avenue xxx, chaque partie cède à l'autre un triangle de même surface, B _____ cède ce triangle à l'Ouest de la ligne de démarcation au Sud, « D _____ » le cèdent à l'Est côté Nord.
- Art. 4 : Cette rectification sera faite dès maintenant, mais elle ne prendra effet sur le terrain qu'au moment où B _____ construira un nouveau bâtiment.
- Art. 5 : La Commune de A _____ et les propriétaires des « D _____ » admettent que le nouveau bâtiment de B _____ pourra être implanté à 8 mètres de la façade Ouest des « D _____ » et pourra mesurer au minimum 12 mètres de profondeur à partir de l'avenue xxx, et 16 mètres de profondeur à partir de l'avenue xxx. Tout volume supplémentaire dépassant les 16 mètres au Nord, respectera la distance frontale de 10 mètres à la limite côté Est ».

Le document était signé par les prénommés et, au nom du conseil municipal, par le président et le secrétaire de la commune. L'échange de surface dont il est question dans cette convention a été concrétisé par un acte d'échange, le 23 novembre 1981, passé entre feu B _____ et les copropriétaires de l'immeuble « D _____ ». La convention de 1980 en elle-même n'a jamais été inscrite au registre foncier, mais a été

reproduite au fond de l'acte d'échange du 23 novembre 1981 et ratifiée, à cette occasion, par les copropriétaires de l'immeuble « D _____ ».

Dans une lettre datée du 30 juillet 1980 adressée à son représentant de l'époque, feu B _____ indiquait notamment ce qui suit : *« par gain de paix, mon épouse et moi-même, nous nous rallions au contenu de la convention, qui vous a été transmise par F _____, architecte, A _____, sous les réserves suivantes : 1. Que le contenu de dite convention, qui règle l'espace de construction ne puisse être modifiée d'aucune manière, même si la construction projetée devait se faire dans 20 ans [...] »*.

B. L'hoirie de feu B _____ a donné procuration, dans le cadre d'un acte d'emption daté du 22 mai 2017, à N _____ SA pour effectuer les démarches nécessaires en vue de l'obtention d'une autorisation de construire pour un projet sur la parcelle n° xx1.

Le 12 février 2018, N _____ SA a déposé une demande d'autorisation de construire pour un projet visant la démolition de l'immeuble existant et la construction d'un nouveau bâtiment, ainsi qu'une demande d'autorisation de forage d'investigation géotechnique et d'étude hydrogéologique sur la parcelle n° xx1. Les plans du projet prévoient l'implantation du nouveau bâtiment à une distance de 8 mètres de l'immeuble « D _____ ». La hauteur de la corniche se monte à 14 mètres, la « lucarne » à 16 mètres 75, le faîte culminant à 18 mètres 50 (cf. dos. communal p. 46-50).

La mise à l'enquête du projet, parue au Bulletin Officiel (B.O) n° xxx du xxx 2018, a suscité les oppositions des personnes suivantes : O _____, P _____, Z _____, Q _____, R _____, S _____, T _____, U _____, V _____, W _____, X _____ et Y _____ (ci-après : les opposants), tous domiciliés dans les immeubles sis sur les parcelles voisines de la xx1 et/ou propriétaires desdites parcelles.

C. Après avoir requis les préavis des services cantonaux intéressés, le conseil municipal de la ville de A _____, par décision du 6 juin 2019, a partiellement admis les oppositions en ce sens que l'autorisation de construire était accordée pour la démolition du bâtiment, mais était refusée pour ce qui concernait la construction du nouvel immeuble avec forages. A l'appui de ce dispositif, l'autorité a considéré que le projet de la nouvelle construction ne respectait pas les distances à la limite du côté est. La convention de 1980 invoquée par N _____ SA pour justifier cet écart avait été signée sous l'empire de l'ancien règlement communal de 1963. L'art. 11 de ce règlement indiquait que les distances à la limite ne pouvaient être modifiées que par la constitution de servitudes sur fonds voisin à inscrire au registre foncier en faveur de la commune.

Or, il apparaissait qu'aucune servitude n'avait été constituée pour concrétiser les termes de l'art. 5 de la convention de 1980. Dès lors, la modification des distances à la limite était nulle en la forme et ne pouvait déployer d'effets contraignants. Le conseil municipal relevait encore que, même dans l'hypothèse où la validité de la convention devrait être reconnue, cette disposition devait être interprétée restrictivement et respecter le droit applicable lors de sa conclusion. A cet égard, l'art. 49 du règlement de 1963 autorisait une hauteur de la sablière de 10 mètres au maximum. Or, le projet du nouveau bâtiment prévoyait une hauteur de façade de 14 mètres et violait ainsi l'ancien RCCZ. Le projet entraînait donc une aggravation substantielle de la non-conformité au droit, ce qui excluait l'octroi de toute dérogation, dès lors qu'elle portait atteinte au droit des propriétaires voisins. Le préavis négatif émis par le service cantonal de la mobilité était également rappelé, lequel était basé sur le fait que les étages de l'immeuble projeté empiétaient dans la zone d'interdiction de bâtir délimitée par l'alignement de la route cantonale.

D. Le 30 juillet 2019, N _____ SA a interjeté recours administratif auprès du Conseil d'Etat à l'encontre de cette décision. Elle a relevé que, le 28 septembre 2017, elle avait fait une demande de renseignement auprès de la municipalité, dans le but de vérifier la faisabilité du projet. Celui-ci avait été adapté sur la base de la réponse du service des travaux publics, puis déposé auprès des autorités communales. Elle estimait aussi que la convention de 1980 était applicable, ce d'autant plus qu'elle avait été signée pour « rattraper » une erreur commise par le conseil municipal qui avait autorisé des balcons dépassant largement les distances réglementaires pour l'immeuble contigu « D _____ ». Au moment de la signature, les autorités communales poursuivaient un but d'intérêt public. La convention devait donc être considérée comme un contrat de droit administratif. Elle n'avait, de plus, jamais été résiliée, ni invalidée. Selon la recourante, une révision du plan d'affectation local de la commune n'équivalait pas à une décision de révocation de la convention, car elle avait une portée générale concrète et non individuelle concrète. Il ne s'agissait donc pas d'une décision au sens de l'art. 5. al. 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (LPJA ; RS/VS 172.6). Elle estimait encore que des modifications législatives intervenues après la conclusion du contrat n'avaient aucune influence sur sa validité, ni sur la relation contractuelle. Même dans l'hypothèse où le contrat devait être considéré comme vicié, il ne saurait être annulé, selon elle, en raison des intérêts privés prépondérant à son maintien. En effet, feu B _____ avait exécuté les obligations qui découlaient de cet accord de manière irréversible. Les cocontractants, à savoir le conseil municipal et les copropriétaires de l'immeuble « D _____ » devaient donc faire de même.

Quant à la conformité du projet aux dispositions légales, elle était donnée de par la dérogation aux distances à la limite accordée par les autorités communales dans la convention de 1980. L'omission fautive des autorités communales de faire inscrire la convention au registre foncier à titre de servitude ne devait pas être reprochée à la recourante, qui n'avait d'ailleurs pas à en subir les conséquences. Selon elle, la convention constituait une *lex specialis* par rapport à l'art. 8 al. 1 de la loi sur les constructions du 15 décembre 2016 (LC ; RS/VS 705.1) et primait ainsi les distances à la limite fixées dans le RCCZ. Si, par impossible, le Conseil d'Etat devait retenir que la construction ne pouvait pas être autorisée sur la base des règles sur les distances aux limites, il devait encore examiner si une dérogation aurait dû être accordée. Selon N _____ SA, la convention de 1980 devait être considérée comme un motif suffisant, au sens de l'art. 6 al. 1 LC, pour accorder une dérogation aux dispositions légales. Il en allait de même des règles relatives à l'alignement à la route cantonale. Une autorisation exceptionnelle au sens de l'art. 212 al. 1 de la loi sur les routes du 3 septembre 1965 (LR ; RS/VS 725.1) se justifiait. Selon les dires de la recourante, les autorités communales se seraient engagées à lui accorder une dérogation sur ce point, lors d'une séance de renseignement dont la recourante ne précise pas la date. Enfin, les autres prescriptions de construction étaient parfaitement respectées par le projet.

E. Le Conseil d'Etat a rejeté, par décision du 22 avril 2020, notifiée le 27 avril suivant, le recours administratif du 30 juillet 2019 de N _____ SA. Il a tablé sur le fait que la convention de 1980 n'avait jamais respecté les exigences de formes fixées tant par l'ancien droit (art. 11 de l'ancien RCCZ de 1963) que par le nouveau (art. 8 al. 5 LC), qui prévoyaient, l'un comme l'autre, que la distance à la limite pouvait être réduite moyennant la constitution d'une servitude sur le fonds voisin, laquelle devait être inscrite au registre foncier. Or, ladite convention n'avait jamais été inscrite dans ce registre et n'avait ainsi jamais respecté les conditions de forme prescrites. Concernant la seconde hypothèse, à savoir une dérogation pouvant être obtenue sur la base des art. 6 al. 1 LC et 98 RCCZ en cas de circonstances exceptionnelles ou de motifs importants, elle avait été impossible compte tenu du fait que feu B _____ n'avait jamais réalisé son projet de construction sur la parcelle n° xx1. L'exécutif actuel devait, quant à lui, uniquement examiner si une dérogation s'imposait pour des motifs importants, sans tenir compte de la convention de 1980, qui était inopérante en tant que servitude et dépourvue, pour le surplus, de toute portée de droit public. En effet, la législation en vigueur était détaillée et exhaustive, si bien qu'elle était incompatible avec un contrat de droit public plaçant le conseil municipal et les particuliers sur un pied d'égalité. L'invocation de droit acquis était également exclue en raison des principes fondamentaux du droit administratif. La

recourante ne se prévalait d'aucune autre circonstance exceptionnelle ou motif important permettant d'admettre une dérogation au sens des articles précités. Enfin, la bonne foi de N _____ SA ne saurait être protégée attendu que le comportement des services de l'administration municipale lors d'un éventuel entretien de renseignement ne saurait porter atteinte à la compétence exclusive du conseil municipal pour délivrer ou refuser une autorisation de construire dans cette affaire, selon l'art. 2 al. 1 ch. 1 LC.

F. A l'encontre de ce prononcé, N _____ SA a interjeté un recours de droit administratif le 26 mai 2020, dont les conclusions étaient les suivantes :

« Préalablement :

Il est constaté la validité et l'applicabilité de la convention du 22 octobre 1980.

Principalement

1. Le recours est admis.
2. La décision du 22 avril 2020 du Conseil d'Etat est annulée et l'autorisation requise en ce qui concerne la démolition et la construction est accordée. En conséquence, la décision du Conseil municipal de la Ville de A _____ du 7 juin 2019 est levée dans la mesure où celle-ci admet partiellement les oppositions et refuse la construction d'un nouveau bâtiment avec forage.

Subsidiairement

3. Le dossier est renvoyé au Conseil Municipal de A _____, subsidiairement au Conseil d'Etat, pour la délivrance de l'autorisation de démolition et de l'autorisation de construction.

En tout état de cause

4. Tous les frais ainsi qu'une pleine indemnité pour les dépens en faveur de N _____ SA sont mis à la charge du fisc, subsidiairement des opposants, solidairement entre eux »

En premier lieu, N _____ SA contestait l'appréciation du Conseil d'Etat en ce qui concerne les possibilités de dérogation. Selon elle, les conditions pour les obtenir étaient remplies. En effet, la convention de 1980 était valide, tant sous l'empire de l'ancien droit que sous le droit actuel. Elle avait été inscrite au registre foncier lors de la modification des limites en 1981, bien qu'elle ne figurait pas à l'état des charges des parcelles concernées, faute pour une telle inscription d'avoir été formellement requise par le notaire stipulateur. Les signataires du contrat étaient donc liés par leurs obligations respectives, conformément au principe *pacta sunt servanda*. En second lieu, elle se plaignait d'une constatation inexacte des faits par les autorités, dans la mesure où elle estimait que le gabarit autorisé et fixé dans la convention de 1980 permettait, au niveau de la façade est, une distance à la limite de 4 mètres, ce qui aurait été ignoré par l'autorité inférieure. Quant aux circonstances exceptionnelles, N _____ SA arguait que c'était à tort que le Conseil d'Etat ne les avait pas reconnues. A l'écouter, elle les avait suffisamment démontrées dans son recours administratif. Elle soutenait encore que la

dérogation réclamée sur la base de l'art. 212 LR devait lui être octroyée, bien que cette question n'ait pas été examinée par le Conseil d'Etat. Les intérêts publics et l'intérêt privé de N _____ SA l'emporteraient ainsi sur l'intérêt privé des propriétaires de l'immeuble « D _____ », l'invocation par ces derniers d'un intérêt prépondérant devant d'ailleurs être considérée, selon elle, comme un abus de droit.

Par écriture du 10 juin 2020, le Conseil d'Etat s'est brièvement déterminé sur le recours, a proposé son rejet et s'est référé à sa décision du 22 avril 2020 pour le surplus.

Le 26 juin 2020, les opposants se sont également déterminés. Ils ont souligné les dangers du forage quant à la protection des eaux, au sens de l'art. 43 al. 3 de la loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux ; RS 814.20) et de l'annexe 4 ch. 211 de l'ordonnance sur la protection des eaux du 28 octobre 1998 (OEaux ; RS 814.201). Cette opération risquait également, selon eux, de provoquer des nuisances au sens de l'art. 685 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), que les propriétaires voisins n'avaient pas à supporter. Ils ont aussi relevé que la pompe à chaleur prévue dans le projet contrevenait au degré de sensibilité au bruit de niveau II fixé selon l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (OPB ; RS 814.41) et le RCCZ, pour le secteur concerné. Quant aux dispositions réglementaires relatives aux distances à la limite, ils ont relevé que la collectivité ne pourrait pas, par un contrat de droit administratif, parvenir à un résultat que la loi n'autorise pas. De surcroît, une commune ne saurait planifier l'aménagement de son territoire par le biais d'un tel accord. La convention conclue devait donc être interprétée, au vu du droit actuel, comme un droit de rapprocher les bâtiments, dans les limites de l'art. 90 RCCZ, mais pas comme l'autorisation de bénéficier d'un permis de construire illicite. Il s'agissait enfin, d'un acte unilatéral, attendu que la recourante n'avait effectué aucune prestation en faveur de la collectivité. Les règles relatives à la hauteur du bâtiment et à la présence d'une buanderie étaient également violées.

Le conseil municipal, par écriture du 25 juin 2020, a résumé les motifs de sa décision et a proposé le rejet du recours.

Par ordonnance du 18 septembre 2020, la cause a été suspendue, à la demande des parties, jusqu'à requête de la partie la plus diligente.

Le 14 décembre 2021, le Président de la Cour de céans a informé les parties que la procédure reprendrait son cours le 1^{er} février 2022, en l'absence de solution conventionnelle avant cette date.

Le 23 mars 2022, la reprise de la procédure a été ordonnée et un délai de dix jours a été accordé à la recourante pour faire valoir d'éventuelles observations complémentaires. Ce courrier n'a suscité aucune réaction de N _____ SA ou des opposants.

Considérant en droit

1.1 En tant que la recourante se plaint du refus de la délivrance de l'autorisation de construire pour la construction d'un nouveau bâtiment sur la parcelle n° xx1, son recours est recevable (art. 72, 78 let. a, 79a let. c, 80 al. 1 let. b-c, 46 et 48 LPJA).

2.1 Faisant usage d'un droit que la loi lui confère (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), la recourante a requis l'édition de divers dossiers par le conseil municipal, le Conseil d'Etat, l'Etat du Valais, la Commission cantonale des constructions et les opposants.

2.2 Garanti à l'art. 29 al. 2 de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes et de participer à l'administration des preuves essentielles lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 8C_119/2020 du 26 novembre 2020 consid. 4.2).

2.3 En l'occurrence, quant aux divers dossiers de construction de l'immeuble voisin « D _____ », leur édition est superflue dès lors que le présent litige concerne uniquement la demande d'autorisation de construire déposée par N _____ SA sur la parcelle n° xx1. De plus, les faits que la recourante entend prouver par ces documents se rapportent principalement à la convention de 1980, laquelle a d'ores et déjà été déposée en cause. Les échanges de correspondance ayant conduit à sa conclusion figurent également au dossier du Conseil d'Etat.

Pour le surplus, le dossier communal n° xxx, ainsi que le dossier complet du Conseil d'Etat ont été déposés en cause, si bien que la requête en ce sens de la recourante est satisfaite.

3.1 La validité de la convention du 22 octobre 1980 doit être examinée, à titre préalable.

Le critère privilégié par la jurisprudence pour distinguer un contrat de droit public et un contrat de droit privé est celui de l'objet du contrat, sous l'angle des intérêts en présence et de sa fonction. Il s'agit d'un contrat de droit public lorsque l'intérêt public est directement en jeu, à savoir lorsque le contrat a pour objet direct l'exécution d'une tâche publique ou qu'il concerne un objet réglementé par le droit public comme une question d'équipement, une expropriation ou une subvention (ATF 134 II 297, consid. 2.2). En revanche, relèveront du droit privé les contrats – de vente, d'entreprise ou de mandat – par lesquels l'administration ne fait que se procurer les moyens d'effectuer ses tâches (arrêts du Tribunal fédéral 4A_275/2021 du 11 janvier 2022, consid. 4.1 et 1C_602/2018 du 3 juillet 2019, consid. 3.1).

En l'occurrence, bien que le conseil municipal de la commune de A _____ ait contresigné le document, l'objet du contrat, de même que les droits et obligations qui en découlent se rapprochent plus du droit privé que du droit public. Le retrait par B _____ de son opposition en échange du droit accordé par les copropriétaires de l'immeuble « D _____ » de construire plus près de la limite avec la parcelle n° xx2 remplit les conditions d'un contrat de servitude au sens de l'art. 730 CC. En effet, la commune n'avait aucun intérêt public à la signature de ce contrat, pas plus qu'elle n'exerçait une prérogative de puissance publique en le signant. Feu B _____ n'a effectué aucune prestation en faveur des autorités communales, mais s'est contenté de retirer son opposition, acte qui a bénéficié uniquement aux copropriétaires des « D _____ ». Quoiqu'il en soit, la convention n'a jamais été inscrite formellement au registre foncier autrement qu'en annexe à l'acte d'échange du 23 novembre 1981. Aucune servitude n'a ainsi été valablement constituée à ce titre, ni en faveur des copropriétaires de l'immeuble « D _____ », ni en faveur de la commune, compte tenu du fait que l'inscription était nécessaire à la constitution de ce droit réel restreint, tant sous l'empire du droit en vigueur en 1980 que du droit actuel, attendu l'art. 731 al. 1 CC est resté inchangé depuis 1977 au moins (cf. Georges Scyboz / Pierre-Robert Gilliéron, CC & CO annotés, 2^{ème} édition, Lausanne 1977, ad. art. 731 CC). La recourante reconnaît d'ailleurs elle-même que la servitude n'a jamais figuré à l'état des charges des parcelles concernées. La qualification de la convention de contrat de droit administratif prônée par N _____ SA est ainsi fort douteuse.

3.2. Si toutefois il devait s'agir d'un contrat de droit administratif, ce qui semble hautement improbable compte tenu du fait que les autorités communales n'avaient aucun intérêt public en jeu et qu'il semble bien plus qu'elles aient agi comme une autorité de conciliation dans le cadre d'un conflit entre particuliers, l'accord ne devrait pas plus être admis pour les raisons suivantes : selon la jurisprudence, l'autorité peut recourir au contrat de droit administratif non seulement lorsque la loi l'autorise expressément, mais également lorsqu'elle ne l'exclut pas (ATF 136 I 142 consid. 4.1). Une base légale expresse n'est donc en principe pas nécessaire. Encore faut-il que la loi laisse une place à une réglementation contractuelle. Tel ne sera pas le cas lorsqu'elle régit de façon détaillée les droits et obligations entrant en considération dans un cas particulier. L'exclusion de la forme contractuelle peut donc résulter de l'esprit et de la systématique de la loi autant que d'une formulation expresse (Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^{ème} édition, 2018, n° 989-990). Il va de soi que le contenu même du contrat ne saurait être contraire au droit (ATF 136 II 415, consid. 2.6.1). En effet, la voie contractuelle ne saurait être un moyen de contourner des prescriptions légales. Le contrat de droit administratif n'échappe ainsi pas au principe de suprématie de la loi.

En l'espèce, les dispositions de droit public relatives aux distances à la limite et entre bâtiments étaient exhaustives tant en 1980 que selon la législation actuelle (cf. *infra* consid. 5.2 ss). Les règles étaient et sont toujours fixées de manière claire également en ce qui concerne les possibilités de dérogations par un biais autre que celui d'une décision (cf. art. 11 du règlement de 1963 et art. 90 let. b de l'actuel RCCZ, art. 8 al. 5 LC). Un éventuel contrat de droit administratif prévoyant une dérogation à une disposition de droit public devait donc être passé et exécuté dans les formes prescrites par les dispositions légales, soit par le biais d'une servitude inscrite au registre foncier en faveur de la commune. A cet égard, force est de constater, avec le Conseil d'Etat, que la convention de 1980 ne respectait pas les conditions de forme prescrites dans le règlement de 1963, ni celles du RCCZ ou de la LC actuels. Ainsi, la convention de 1980, en tant que telle, serait tout simplement nulle en tant que contrat de droit public, dès lors que sa forme est contraire aux règles exhaustives existantes en la matière.

Partant, N _____ SA ne peut se prévaloir de cette convention en tant que dérogation aux règles de droit public, puisqu'elle viole les conditions de forme tant de l'ancien droit que du droit actuel, peu importe que celle-ci soit qualifiée de contrat de droit public ou de droit privé, la condition de l'inscription au registre foncier étant requise dans les deux cas.

La question de savoir si les copropriétaires de l'immeuble « D _____ » restent liés, malgré la nullité de la convention en tant que dérogation aux règles de droit public, par un engagement de droit privé consistant à laisser un bâtiment se construire à une distance de huit mètres de leur immeuble n'est pas pertinente, compte tenu du fait qu'un tel accord ne lierait aucunement les autorités compétentes en matière d'autorisation de construire.

3.3 Le droit applicable au solde du recours est le droit actuel, compte tenu du fait que la demande d'autorisation de construire pour ce projet a été déposée début 2018, soit après l'entrée en vigueur de la loi sur les constructions (art. T1-1, al. 1 LC). Ce sont également les dispositions actuelles du RCCZ qui s'applique, à l'exclusion de l'ancien règlement de 1963 (cf. art. 109 RCCZ).

4.1 Dans un premier grief, N _____ SA se plaint d'une constatation inexacte des faits par le Conseil d'Etat. Elle estime en effet que le gabarit autorisé et fixé dans la convention de 1980 permettait, au niveau de la façade est, une distance à la limite de 4 mètres, ce qui aurait été ignoré par l'autorité inférieure.

4.2 La constatation des faits est incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuves déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité administrative ; elle est inexacte (notion qui correspond à celle de l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ; ATF 136 II 304 consid. 2.4) lorsque celle-ci a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuves ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces (ATAF 2007, no 37, p. 462). Agit arbitrairement, lors de l'établissement des faits et de l'appréciation des preuves, l'autorité qui ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, se trompe manifestement sur son sens et sa portée ou encore, se fondant sur les éléments recueillis, en tire des constatations insoutenables (ATF 144 II 281 consid. 3.6.2 ; 137 III226 consid. 4.2).

4.3 En l'espèce, on ne voit pas en quoi l'autorité inférieure aurait constaté les faits de manière inexacte ou arbitraire. La conclusion de la convention ainsi que son contenu, en particulier son article 5 figurent, en effet bel et bien dans l'arrêt attaqué. De plus, celui-ci a expliqué clairement pour quelles raisons le Conseil d'Etat ne retenait pas la convention de 1980, soit d'une part en vertu de l'absence d'inscription au registre foncier, et d'autre part, en raison du fait que les règles de droit public en vigueur actuellement, comme celles qui l'étaient au moment de la conclusion de l'accord, étaient exhaustives et

détaillées quant aux conditions d'octroi d'une dérogation, qui n'étaient pas remplies par l'acte en question.

Ce grief est donc rejeté.

5.1 La recourante se plaint encore d'une mauvaise application par le Conseil d'Etat des art. 8 et 6 al. 1 LC, en ce sens que, selon elle, une dérogation devrait lui être accordée. En effet, elle estime que des circonstances exceptionnelles au sens de ces dispositions devaient être reconnues, de par la conclusion de la convention de 1980, tant pour la distance à la limite du projet, que pour la hauteur du bâtiment prévu. Les conditions de l'art. 98 RCCZ seraient donc remplies. Pour les mêmes raisons, elle considère qu'une autorisation d'exception au sens de l'art. 212 LR se justifie.

5.2 Selon l'art. 6 al. 1 LC, des dérogations aux prescriptions relatives à l'affectation de la zone à bâtir ainsi qu'aux autres dispositions en matière de construction peuvent être octroyées par l'autorité compétente lorsque des circonstances exceptionnelles ou des motifs importants le justifient et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant d'un voisin ne s'en trouve lésé.

L'art. 6 alinéa 1 LC a la même teneur que l'article 30 alinéa 1 de l'ancienne loi du 8 février 1996 sur les constructions (aLC ; RO/VS 1996p. 42 ss). On peut donc se référer à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit s'agissant de l'interprétation des notions de « circonstances exceptionnelles » et de « motifs importants » contenues dans l'art. 6 alinéa 1 LC. Cette jurisprudence a retenu que l'octroi d'une dérogation suppose une « situation exceptionnelle » et ne saurait devenir la règle, à défaut de quoi l'autorité compétente pour délivrer des permis de construire se substituerait au législateur cantonal ou communal par le biais de sa pratique dérogatoire. Il implique une pesée entre les intérêts publics et ceux du propriétaire requérant l'octroi d'une dérogation, étant précisé que des raisons purement économiques ou l'intention d'atteindre la meilleure solution architecturale ou une utilisation optimale du terrain ne suffisent pas à elles seules à conduire à l'octroi d'une dérogation (cf. arrêts du Tribunal fédéral 1C_257/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.1 et 1C_92/2015 du 18 novembre 2015 consid. 4.2 ; RVJ 2018 p. 8 consid. 3.1). Même si l'autorité qui délivre le permis de bâtir dispose en la matière d'un certain pouvoir d'appréciation (cf. Steve Favez, La dérogation en zone à bâtir et ses alternatives, in : RDAF 2012 I p. 1 ss, p. 8 ch. 3.1.2), il n'en demeure pas moins qu'elle doit se livrer à cette pesée des intérêts, car une requête de dérogation, qui on l'a vu suppose une situation exceptionnelle (cf. ég. RVJ 2002 p. 22 consid. 3.5), doit être sous-

tendue par un motif objectif (ACDP A1 20 84 du 16 mars 2021, consid. 5.2 et les réf. citées).

5.3 La distance à la limite est la distance entre la projection du pied de façade et la limite de parcelle. La distance entre bâtiments est la distance entre les projections des pieds de façade de deux bâtiments (art. 7 al. 1 LC).

Aux termes de l'art. 8 al. 1 LC, les communes fixent en principe une distance à la limite et entre bâtiments pour chaque type de zones de leur plan d'affectation. De même, elles déterminent en principe une distance réduite pour les annexes et les petites constructions. Les communes peuvent, par le biais d'un plan d'affectation spécial, permettre de déroger aux distances à la limite et entre bâtiments prévues dans leur RCCZ à des conditions particulières (al. 3). La renonciation à fixer des distances pour un type de zones ainsi que les dérogations accordées sur la base d'un plan d'affectation spécial ne s'appliquent pas par rapport aux parcelles voisines à ces périmètres (al. 4).

L'art. 8 al. 5 LC précise que la distance à la limite peut être modifiée par la constitution d'une servitude sur le fonds voisin, pour autant que la distance entre bâtiments soit respectée. Cette servitude doit être inscrite au registre foncier également en faveur de la commune.

5.4 Selon l'art. 86 let. a RCCZ, la distance à la limite est proportionnelle à la hauteur de la façade. Elle se mesure, dès le nu du mur, en dessus du soubassement et perpendiculairement à la façade.

La distance entre bâtiments érigés sur un même fond est égale au double de la distance aux limites (art. 87 let. a RCCZ). Dans le cadre d'un plan de structuration de quartier, la distance entre bâtiments peut être réduite au minimum fixé par la police du feu (let. b).

Des dérogations à ces règles sont prévues à l'art. 90 RCCZ, qui indique que toutes les nouvelles constructions doivent respecter les distances aux limites : le conseil municipal peut cependant autoriser des distances plus courtes : lorsque l'article 87 est respecté (1^{er} cas) ; lorsque deux garages sont construits à cheval sur une limite de parcelles, pour autant que l'architecture des garages soit identique (2^{ème} cas) ; lorsque la construction se situe sur un alignement légal (3^{ème} cas).

La lettre b de l'art. 90 RCCZ précise que, dans les deux premiers cas, une servitude sera inscrite au registre foncier en faveur de la commune. La législation cantonale en matière de police du feu demeure réservée.

5.5 En zone centre III, dans laquelle se situe la parcelle n° xx1 concernée, la hauteur de façade maximale est de 14 mètres et la distance minimale de 5 mètres. La distance latérale doit se monter à 1/3 de la hauteur de la façade et la distance frontale à 2/3 de cette même valeur (art. 95 RCCZ).

Selon l'art. 78 let. a RCCZ, dans les zones de centre, d'habitat collectif, mixtes et industrielles 2, la hauteur d'un bâtiment est mesurée au milieu de la façade principale la plus haute. Elle se mesure, sur une verticale, du point le plus bas du sol naturel (ou du sol aménagé s'il est plus bas), jusqu'à l'intersection de la façade avec la ligne supérieure de la toiture (pour les toits plats : jusqu'à l'arête supérieure du garde-corps, qu'il soit ajouré ou non).

Enfin, aux termes de l'art. 98 RCCZ, le conseil municipal peut exceptionnellement déroger aux dispositions du règlement si l'application stricte des prescriptions légales ne s'adapte pas aux conditions d'un terrain ou d'un programme particulier, et à condition que ni l'intérêt général ni les intérêts importants des voisins ne soient lésés. L'autorisation peut être assortie de charges et conditions particulières susceptibles d'être mentionnées au Registre foncier comme restrictions de droit public à la propriété foncière.

5.6 L'art. 9 LC énumère divers types d'alignements, en précisant, à son al. 2, qu'ils sont régis par la législation spéciale et par le règlement communal des constructions.

Quant aux dispositions sur l'alignement relatif à la voie publique, l'art. 199 al. 1 LR en donne la définition suivante : les alignements déterminent les limites dans lesquelles les terrains sont ouverts de part et d'autre de la voie publique à la construction de bâtiments et autres ouvrages analogues. Ils sont déterminés par un plan approuvé par le Conseil d'Etat.

Les exceptions sont traitées par l'art. 212 LR, qui prévoit que l'autorité compétente peut, pour de justes motifs et à condition que ni l'intérêt général ni des intérêts importants des voisins ne soient lésés, autoriser des exceptions aux dispositions qui précèdent relatives à la construction de bâtiments et autres ouvrages dans la zone de protection des voies publiques (al. 1). L'autorisation peut être assortie de charges et conditions particulières susceptibles d'être mentionnées au Registre foncier comme restrictions de droit public à la propriété foncière (al. 2). Pour les bâtiments et autres ouvrages analogues, l'autorisation peut être révoquée si cette faculté a été réservée par le permis de construire (al. 3). Pour les installations et constructions légères, l'autorisation peut être révoquée sans autres formalités (al. 4).

5.7 En l'espèce, la convention de 1980 dont se prévaut la recourante astreignait les signataires à accepter le droit pour feu B _____ de construire un futur bâtiment sur la parcelle n° xx1 à une distance de huit mètres de la façade est de l'immeuble « D _____ » sis sur la parcelle n° xx2, soit à quatre mètres de la limite de la parcelle, alors que la distance minimale prévue par le RCCZ est de 5 mètres (art. 95 RCCZ). Indépendamment de sa validité (cf. *supra* consid. 3.1 et 3.2), on ne peut que constater qu'aucune mention n'est faite dans le document ni de la hauteur du bâtiment, ni de la présence de la route cantonale à proximité.

Il ressort également du dossier que la convention n'a jamais été inscrite au registre foncier. Aucune servitude concernant les distances à la limite n'a donc été inscrite, ni en faveur de feu B _____, ni en faveur de la commune. Or, une telle inscription constitue l'une des conditions de l'obtention d'une dérogation au sens de l'art. 8 al. 5 LC. La convention étant nulle de ce point de vue (cf. *supra* consid. 3.1 et 3.2), force est donc de constater qu'aucune dérogation ne pouvait être obtenue sur cette base. Par ailleurs, aucun plan d'affectation spécial ne modifie les distances à la limite au sens de l'art. 8 al. 3 LC, seul autre moyen de dérogation prévu par cet article.

5.8 Il reste donc à examiner si une dérogation pouvait et devait être accordée au projet de N _____ SA par le biais de l'art. 6 al. 1 LC, de l'art. 98 RCCZ ou de l'art. 212 LR, étant rappelé qu'une dérogation sur la base de ces articles ne peut être accordée qu'en présence de justes motifs, soit, selon la jurisprudence (cf. *supra* consid. 5.2 et 5.5), lors d'une situation exceptionnelle.

En l'espèce, à titre de justes motifs, la recourante invoque la conclusion de la convention en 1980. L'intérêt privé avancé par la recourante consiste à faire respecter, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, la convention signée en 1980, qui, pour rappel, est nulle en tant que contrat de droit public de même qu'en tant qu'acte de servitude, faute d'inscription au registre foncier (cf. *supra* consid. 3.1 et 3.2). Elle invoque également le respect du principe de la confiance et des droits acquis.

Des raisons purement économiques ou l'intention d'atteindre la meilleure solution architecturale ou une utilisation optimale du terrain ne suffisent pas à elles seules à conduire à l'octroi d'une dérogation. A fortiori, il en va de même du respect d'une convention qui s'avère être nulle. La question d'une éventuelle valeur de celle-ci en tant qu'assurance donnée par une autorité sera traitée ci-après (cf. *infra* consid. 6.3).

Selon N _____ SA, les intérêts publics caractérisés par le principe de densification vers l'intérieur mais aussi de construction de nouveaux logements concordent avec ses intérêts privés et doivent l'emporter sur les intérêts des opposants.

Or, les intérêts publics qui entrent en ligne de compte ici sont principalement le respect des normes légales, mais également la sécurité, l'esthétique, la cohérence avec le plan d'affectation et le quartier de manière générale. On ne voit donc pas en quoi l'intérêt de la recourante à faire respecter une convention nulle concernant la dérogation aux distances à la limite devrait l'emporter sur ceux-ci. N _____ SA oublie que le conseil municipal s'est contenté de refuser le projet de construction qu'elle avait déposé, mais n'a aucunement interdit toute construction future sur la parcelle. Il est donc loisible à la recourante de modifier son projet afin que celui-ci respecte les dispositions légales en vigueur.

De surcroît, indépendamment du fait de savoir si la convention lie toujours les propriétaires « des D _____ » en tant que contrat passé entre privés quant à une éventuelle assurance d'absence d'opposition sur le point de la distance à la limite, il est utile de souligner qu'N _____ SA omet entièrement le fait que l'une des opposantes, P _____, est propriétaire de la parcelle n° xx3, contiguë par le nord à la parcelle n° xx1 et n'est ainsi pas l'une des copropriétaires de l'immeuble « D _____ », situé sur la parcelle n° xx2. Elle n'a donc jamais été partie à la convention de 1980. La recourante ne mentionne pas pour quelles raisons son intérêt privé devrait l'emporter sur celui de P _____, qui n'a jamais été concernée par l'accord litigieux.

Quant à l'alignement par rapport à la route adjacente et au fait que les balcons du bâtiment projeté empiètent sur ce dernier, la convention de 1980, qui se contente de d'indiquer que les propriétaires « des D _____ » s'engagent à accepter, sur la parcelle n° xx1, des balcons de même dimension que ceux de leur immeuble omet entièrement la présence de la route. Aucune autorisation de la commune sur ce point ne figure d'ailleurs dans ce document. Elle ne peut être considérée comme un juste motif au sens de l'art. 212 LR. Hormis cette convention, la recourante n'invoque aucune autre raison qui justifierait de déroger à la LR.

Par conséquent, aucune dérogation ne peut être accordée en raison de circonstances exceptionnelles, au sens de l'art. 6 al. 1 LC, de l'art. 98 RCCZ ou l'art. 212 LR. Ce grief doit donc également être écarté.

6.1 La recourante semble enfin se prévaloir d'éventuelles assurances données par les autorités communales quant à la légalité du projet en 2017. On peut également déduire

de son argumentation qu'elle considère que la convention de 1980 constituerait également une telle assurance et fonderait ainsi un droit acquis en sa faveur.

6.2 Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 143 V 341 consid. 5.2.1, 141 V 530 consid. 6.2; 131 II 627 consid. 6; arrêt 2C_398/2020 du 5 février 2021 consid. 6.1).

Dans le cadre de la jurisprudence relative aux comportements contradictoires de l'administration, autre aspect du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.), le respect des règles de la bonne foi par l'administration doit être examiné selon des critères objectifs, indépendamment de la personne des agents en cause; aussi l'administration peut-elle être rendue responsable d'un comportement contradictoire, même si celui-ci est dû à des personnes différentes, au besoin à l'insu des unes et des autres (ATF 121 I 181 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2020 du 8 octobre 2020 consid. 8.1.2). L'interdiction de comportement contradictoires ne concerne que la même autorité, agissant à l'égard des mêmes justiciables, dans la même affaire ou à l'occasion d'affaires identiques. Cette exigence n'a par contre pas une portée absolue, en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à des changements de pratique, pour autant que ceux-ci soient motivés par des raisons pertinentes (arrêt du Tribunal fédéral 9C_822/2019 du 25 mars 2020, consid. 5.1 ; Giorgio Malinverni et *ali*, Droit constitutionnel suisse, vol. II : les droits fondamentaux, 4^{ème} édition, 2021, n° 1296).

6.3 En l'espèce, une assurance donnée dans un cas particulier ne peut être contraignante que si la loi n'a pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée. Or, il n'est pas contesté que le RCCZ a été modifié après la date de la conclusion de la convention en 1980. Le règlement de 1963 a été abrogé et le nouveau RCCZ est entré

en vigueur dès son approbation par le Conseil général et après son homologation par le Conseil d'Etat (art. 109 RCCZ), soit le 28 juin 1989. Il en va de même de la LC, qui a été entièrement modifiée le 15 décembre 2016 et est entrée en vigueur dans sa nouvelle version le 1^{er} janvier 2018.

Les conditions de la protection de la bonne foi de l'administré ne sont ainsi pas remplies en raison du changement de législation entre la convention passée en octobre 1980, et le refus d'accorder le permis de bâtir par le conseil municipal en juin 2019. Quoiqu'il en soit, le conseil municipal était en droit de changer sa pratique concernant les dérogations accordées aux règles sur les distances à la limite, ce d'autant plus qu'il s'est écoulé près de 40 ans entre les deux événements concernés.

Enfin, concernant les assurances que la recourante affirme avoir reçu en 2017 de la part du service des travaux publics et de l'environnement, il n'en existe pas de trace au dossier. Dans tous les cas, ces renseignements ne lieraient pas l'administration, compte tenu du fait qu'ils ont été donnés par une autorité qui n'était pas compétente. En effet, selon l'art. 2 al. 1 LC, c'est le conseil municipal qui est compétent pour examiner les projets situés à l'intérieur des zones à bâtir, et non le service des travaux publics et de l'environnement, qui aurait fourni des informations à la recourante.

Ce grief doit donc également être rejeté.

7. En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

8. La recourante, qui succombe, supportera un émolument de justice qu'il convient de fixer, notamment au vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, à 1500 fr. (art. 88 al. 2, 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 sur le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives [LTar ; RS/VS 173.8]). Elle n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 1500 fr., sont mis à la charge de N _____ SA.
3. Le présent arrêt est communiqué à Maître Frédéric Forclaz pour N _____ SA, à Sion, à Maître Philippe Nantermod à Sion, à l'Administration communale de Sion et au Conseil d'Etat du canton du Valais, tous deux à Sion.

Sion, le 23 mai 2022