

A1 19 48

ARRÊT DU 12 DÉCEMBRE 2019

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier, juge ; Frédéric Fellay, juge suppléant,

en la cause

X _____ **SA**, recourante, représentée par Maître M _____

contre

CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée

(mise sous protection immédiate et compensation du patrimoine archéologique détruit)

recours de droit administratif contre la décision du 16 janvier 2019

Faits

A. La parcelle n° xxx a une surface de 411 m² et se situe au lieu-dit « A _____ », à B _____. Elle est rangée en zone R2 et en zone de protection archéologique au sens des articles 101, respectivement 119 du règlement des constructions (RCC) de la commune de C _____ approuvé en Conseil d'Etat les 6 février 2002 et 25 juin 2003.

Le 18 janvier 2017, la société X _____ SA, qui était propriétaire de cette parcelle, a déposé au greffe communal une demande d'autorisation de construire portant sur une maison d'habitation de deux appartements. La publication de ce projet au Bulletin officiel (B.O.) n° xxx du xxx 2017 n'a suscité aucune opposition.

Le 17 juin 2017, consulté dans le cadre de l'instruction de la demande, le Service des bâtiments, monuments et archéologie (ci-après: SBMA) a émis un préavis positif assorti des deux conditions suivantes :

« 1. Le requérant est tenu d'indiquer au Service des bâtiments, monuments et archéologie, tel. 027.606.38.00, le jour et l'heure du début des travaux de terrassement, ceci au minimum une semaine avant le début de ces travaux, afin d'en permettre la surveillance par ledit Service. 2. La planification des travaux devra tenir compte de délais suffisants pour permettre, en cas de découverte archéologique, des travaux de fouille et de documentation archéologiques nécessaires (art. 724 CCS). »

Ce préavis a été intégré dans la synthèse du 19 juin 2017 des prises de position des organes consultés communiquée à la commune de C _____ par le Secrétariat cantonal des constructions.

Par lettre du 23 juin 2017 intitulée « Demande anticipée de débiter les travaux pour la construction de deux logements en résidence principale [...] », la commune de C _____ a informé X _____ SA que sa demande d'autorisation de construire avait été préavisée favorablement. Elle lui a indiqué que « [s]euls les travaux d'installation de chantier et de terrassement peuvent être réalisés avant la délivrance de l'autorisation de construire, aux risques et périls du requérant » et que, « [l]e projet se situant en zone archéologique, le Service des bâtiments, monuments et archéologie doit être averti une semaine avant le début des travaux afin d'effectuer le contrôle des travaux de terrassement. »

B. Le 19 juillet 2017, l'architecte du projet, E _____, a informé par téléphone le SBMA que les travaux de terrassement et d'excavation avaient déjà débuté. Le jour même, à 13h00, un archéologue dudit service, F _____, s'est rendu sur place. Selon les constatations consignées dans son rapport de visite daté du 21 juillet 2017, comportant sept photographies des lieux prises le 19, le terrassement a été réalisé sur les 2/3 de la surface et plusieurs murs, un sol aménagé (radier plus mortier) ainsi que divers objets archéologiques étaient « clairement visibles dans les coupes résultant du terrassement ». Le rapport indique que l'archéologue G _____ a été contacté afin d'obtenir un diagnostic plus précis et que des fragments de peinture murale ont été découverts près d'un reste de mur, indiquant la présence probable de vestiges de l'époque romaine. Toujours selon ce rapport, F _____ est revenu sur place le 20 juillet 2019 en compagnie de deux archéologues du bureau H _____ Sàrl, à savoir I _____ et J _____, qui ont procédé au nettoyage d'une coupe de terrain et ont découvert d'autres vestiges mobiliers « tendant à confirmer une attribution des vestiges archéologiques à l'époque romaine ».

Par décision du 21 juillet 2017 notifiée à la requérante, à son architecte ainsi qu'à la commune de C _____ et n'ayant fait l'objet d'aucun recours, le SBMA a prononcé la suspension immédiate de tous les travaux et a interdit toute intervention sur le site tant que les fouilles, la prospection et les recherches archéologiques ne seraient pas terminées. Il a subordonné la reprise des travaux à la délivrance d'un accord écrit de sa part.

Le 7 août 2017, sur demande du SBMA, le bureau H _____ Sàrl a établi un devis pour la fouille de la surface restée intacte de la parcelle (env. 90 m² sur 1 m de profondeur) ainsi que le dégagement des vestiges de la partie déjà excavée (240 m²) et la réalisation/documentation de deux tranchées exploratoires. Les travaux de terrain, envisagés sur 3.5 semaines, et ceux d'élaboration des données et d'établissement d'un rapport, estimés à 2.5 semaines, ont été devisés par ce bureau à 95 000 francs.

Le 25 août 2017, la commune de C _____ a délivré l'autorisation de construire à X _____ SA en assortissant notamment ce prononcé de la charge suivante : « Le Service cantonal des bâtiments, monuments et archéologie doit être informé du début des travaux de terrassement, le projet se situant en zone archéologique. »

Le 29 août 2017, le SBMA a organisé une séance avec, notamment, K _____, président de la société X _____ SA disposant d'un droit de signature individuelle, et E _____. Il les a informés que le Département de la mobilité, du territoire et de l'environnement (DMTE) entendait placer sous protection les vestiges

archéologiques encore présents sur la parcelle et, pour ceux que les travaux d'excavation avaient détruits, exiger une compensation sur la base du devis de H _____ Sàrl. Le chiffre 7 du procès-verbal mentionne, en conclusion, que « K _____ se déclare prêt à assumer la compensation prévue, mais demande que des assurances lui soient données concernant le devis, la date et la durée des travaux, ainsi que les poursuites pénales » ; on y lit aussi que « le SBMA s'engage à limiter le montant de la compensation au montant de 95 000 fr. prévu par le devis de H _____ Sàrl du 07.08.2017 ».

Le même jour, le SBMA a séparément rencontré, hors la présence de X _____ SA et de E _____, certains représentants de la commune de C _____ « afin de clarifier avec [celle-ci] les exigences en matière archéologique » et « [lui] présenter [...] les démarches qui seront entreprises dans le cas évoqué [...] ». Il ressort du procès-verbal de cette séance que « le SBMA souhaite s'assurer éviter tout conflit positif de compétences ». Selon ce document non signé et dont le Tribunal ignore s'il a été transmis à la commune de C _____, les représentants de la commune de C _____ se seraient déclarés d'accord avec « la solution proposée », à savoir que le DMTE prononce la mise sous protection et ordonne la compensation, « tout en évoquant que la compensation demandée pourrait constituer un lourd poids financier pour les personnes concernées ».

Par courriel du 4 septembre 2017, l'archéologue cantonale a communiqué à K _____ et E _____ le procès-verbal de leur rencontre du 24 août 2017. Elle leur a indiqué que le début des travaux de fouille était prévu le 11 septembre 2017 et les a invités à lui retourner le procès-verbal de la séance du 29 août 2017 signé « afin que nous puissions vous faire parvenir la décision de mise sous protection des vestiges et organiser le début des travaux ». K _____ s'est exécuté le jour même, après s'être entretenu téléphoniquement avec l'archéologue cantonale. Il lui a confirmé son accord pour que les travaux de fouille soient réalisés rapidement et a en substance demandé à savoir si l'affaire allait comporter des suites pénales.

C. Par décision du 8 septembre 2017 faisant notamment référence au procès-verbal précité, le chef du DMTE a rendu la décision suivante:

« 1. La parcelle n° xxx, sur le territoire de la Commune de C _____, propriété de X _____ SA, est immédiatement mise sous protection.

2. Le patrimoine archéologique détruit par les travaux d'excavation est compensé par la prise en charge, par X _____ SA, des coûts des fouilles à mener sur la parcelle n° xxx, et des coûts d'élaboration des données et du rapport, à hauteur de 95'000 francs au maximum, selon devis de H _____ Sàrl.

3. X _____ SA paie, dans un délai de trente jours dès réception de la présente décision, le montant de Fr. 95'000.--, au moyen du bulletin de versement annexé. Après facturation finale, l'éventuel excédent versé par X _____ SA lui sera restitué dans le même délai. Les dépassements de devis sont à la charge de l'État.

(...)

5. Un recours contre la présente décision n'aura pas d'effet suspensif.

6. Demeure réservée la compétence du service en matière de poursuites pénales.

(...). »

Cette décision a été communiquée à X _____ SA ainsi qu'à la commune de C _____, en copie.

Le 26 septembre 2017, X _____ SA a demandé au chef du DMTE de reconsidérer sa décision. Le 11 octobre 2019, celui-ci a répondu aux différents points que cette société avait soulevés à l'appui de sa requête et l'a invitée à préciser si elle entendait recourir contre la décision du 8 septembre 2019.

Le 7 novembre 2017, X _____ SA a confirmé au chef du DMTE sa volonté de recourir. Cette lettre a été transmise le 5 décembre 2017 au Conseil d'Etat comme objet de sa compétence.

Le 1^{er} février 2018, le DMTE a proposé de rejeter le recours.

Le 28 février 2018, la recourante, désormais assistée d'un avocat, a complété son recours et a conclu à ce que la décision attaquée soit déclarée nulle, subsidiairement « renvoyée à l'autorité inférieure, avec instruction de motiver la réduction du montant compensatoire, en respectant en sus la procédure d'expropriation matérielle engendrée par la mise sous protection ». La recourante s'est notamment plainte du fait que la décision litigieuse émanait d'une autorité incompétente au regard de l'article 33 de la loi du 13 novembre 1998 sur la protection de la nature, du paysage et des sites (LcPN ; RS/VS 451.1). En effet, cette norme habilitait l'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, à savoir le conseil municipal de C _____, à prendre toute mesure dans le cadre de cette affaire, quitte à ce que cette autorité s'appuie sur les « directives du SBMA ou du DMTE ».

Le 8 mars 2018, la recourante s'est déterminée sur la réponse du DMTE du 1^{er} février 2018.

Le 16 mars 2018, le DMTE a déposé le rapport établi par H _____ SA en mars 2018 concernant les travaux archéologiques effectués sur la parcelle n° xxx et a notamment réfuté le grief d'incompétence émis par la recourante. Sur ce point, il a signalé que la LcPN attribuait toutes les compétences en matière d'archéologie au canton. Ainsi, s'il était vrai que les dispositions d'exécution et protection juridique, communes à tous les objets protégés par la LcPN, « contredis[ai]ent les dispositions relatives à la protection du patrimoine archéologique[,] [i]l [était] toutefois certain que le législateur n'avait pas entendu attribuer de compétences en matière d'archéologie aux communes ». Celles-ci n'étaient pas compétentes pour ordonner des fouilles et ne disposaient pas non plus de la compétence d'ordonner des fouilles à titre de compensation. En second lieu, le DMTE a objecté que si la compétence d'ordonner le rétablissement des lieux appartenait, en principe, à l'autorité compétente en matière de construction (art. 33 al. 3 LcPN), il n'en allait pas de même lorsque la commune n'exécutait pas ses tâches. Dans ce cas, le département était compétent pour prendre les mesures nécessaires (art. 33 al. 4 LcPN). En l'espèce, la commune de C _____ avait autorisé le début anticipé des travaux, ce qui n'était pas possible dans une zone archéologique. Selon le DMTE, cette défaillance l'habilitait à exiger lui-même la compensation pour les vestiges archéologiques détruits.

La recourante a répliqué le 18 juin 2018 en maintenant son grief d'incompétence et ses conclusions. Le DMTE est resté sur sa position le 26 juillet 2018.

Par décision du 16 janvier 2019, le Conseil d'Etat a rejeté le recours en écartant notamment le grief d'incompétence du DMTE et les différentes critiques émises par la recourante contre la compensation financière à laquelle elle avait été astreinte. Cette décision n'a pas été communiquée à la commune de C _____, qui n'a pas été invitée à participer la procédure de recours et, en particulier, à se prononcer sur la problématique des compétences.

D. Par mémoire du 14 février 2019, X _____ SA a conclu céans à la nullité voire à l'annulation des décisions du Conseil d'Etat et du DMTE, « de même que la sanction administrative de CHF 95 000.- (coûts des frais de fouille), exigée à titre de compensation du patrimoine archéologique [...] ». A l'appui de ses conclusions, la recourante maintient que seul le conseil municipal, en sa qualité d'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, était habilité à rendre toutes décisions en lien avec la parcelle concernée. Dans ce contexte, elle argue également d'une violation des règles en matière de coordination de procédure. La recourante soutient aussi que la compensation ne reposerait sur aucune base légale et qu'au demeurant, une partie de

la compensation devait être mise à la charge de la commune de C _____ dans la mesure où celle-ci avait été jugée défaillante par le DMTE. Enfin, X _____ SA prétend avoir agi de manière tout à fait licite en respectant les décisions émanant de cette collectivité publique. Elle se plaint à cet égard d'une violation des principes de la bonne foi et de la proportionnalité et affirme avoir subi une atteinte à son droit de propriété qui devait être réparée au titre d'expropriation matérielle.

Le 13 mars 2019, le Conseil d'Etat a proposé de rejeter le recours en se référant à sa décision. Il a déposé, en annexe, une détermination du DMTE datée du 8 mars 2019 proposant également le rejet du recours.

X _____ SA s'est déterminée le 1^{er} avril 2019 et a maintenu ses conclusions.

Le 24 septembre 2019, elle a signalé que la commune de C _____ avait, le xxx 2019 (B.O. n° xxx), mis à l'enquête publique un inventaire classant des objets caractéristiques du site et à protéger d'importance communale et que la parcelle n° xxx n'y figurait pas.

Le 23 octobre 2019, le Conseil d'Etat a transmis la détermination émise le 18 octobre 2019 par le DMTE à propos de cette publication, qui était, de l'avis dudit département, dénuée de pertinence en tant qu'elle concernait la protection des bâtiments caractéristiques du site et non les objets du patrimoine archéologique, au demeurant sur le seul secteur de L _____.

Les autres faits importants à l'arrêt seront repris ci-après dans la mesure utile.

Considérant en droit

1.1 La décision attaquée délimite, à l'égard du requérant, le cadre matériel admissible du litige (Benoît Bovay, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 554). En application de ce principe, la contestation que le requérant peut soumettre au Tribunal doit se rapporter aux questions examinées par l'autorité précédente ou qui auraient dû l'être.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a tranché un recours formé contre la décision du DMTE du 8 septembre 2017. L'ordre d'arrêt des travaux prononcé par le SBMA le 21 juillet 2017 n'a, en revanche, pas été attaqué. Partant, il est exclu de revenir, dans le cadre

de cette procédure, sur la légalité de cette décision, sauf à constater son éventuelle nullité : cette dernière peut, en effet, être invoquée en tout temps, devant toute autorité, et doit être constatée d'office (ATF 139 II 243 consid. 11.2).

1.2 La qualité pour recourir s'examine d'office (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 3 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). Possède cette qualité quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). La notion d'intérêt digne de protection suppose que le recourant possède un intérêt actuel, ceci non seulement au moment du dépôt du recours, mais également lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 128 II 34 consid. 1b). Cette exigence vise à garantir que le Tribunal se prononce sur des questions concrètes et non pas simplement théoriques. Aussi l'intérêt actuel requis fera-t-il défaut lorsque la décision attaquée a été exécutée ou est devenue sans objet (ATF 120 la 165 consid. 1a).

En l'occurrence, la décision du DMTE confirmée par le Conseil d'Etat règle deux éléments : premièrement, elle ordonne la mise sous protection immédiate de la parcelle n° xxx ; deuxièmement, elle astreint la recourante à réparer le dommage résultant de la destruction du patrimoine archéologique par le biais d'une compensation (financière). La première de ces mesures revêt un caractère provisoire (Eloi Jeannerat/Pierre Moor *in* : Heinz Aemisegger *et al.* [édit.], Commentaire pratique LAT : Planifier l'affectation, Genève/Zurich/Bâle 2016, n° 97 ad art. 17 LAT). Sa durée est d'ailleurs limitée à deux ans par l'article 9 alinéa 6 LcPN. Ayant été décidée le 8 septembre 2017, elle a cessé de sortir ses effets. En conséquence, la recourante, qui affirme d'ailleurs avoir achevé la construction de l'immeuble (mémoire, allégué 104), ne dispose manifestement pas d'un intérêt actuel et pratique à discuter ce volet de l'affaire. Son recours doit être jugé irrecevable sur ce point, sous réserve d'un cas de nullité.

1.3 En tant qu'il conteste l'obligation de compenser financièrement le patrimoine archéologique détruit, toujours d'actualité, le recours, régulièrement formé au surplus, est recevable (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. b et c, 46 et 48 LPJA).

1.4 La recourante a émis des observations le 27 novembre 2019 sans avoir été interpellée par la Cour de céans. Cette écriture est donc irrecevable et n'entre pas non plus dans les prévisions de l'article 23 alinéa 2 LPJA. Partant, il n'en sera pas tenu compte.

2. Le Conseil d'Etat a déposé son dossier, comprenant celui du DMTE, du SBMA et de la commune de C _____ relatif à l'autorisation de construire. Les requêtes correspondantes de la recourante sont donc satisfaites. Il n'y a pour le reste pas lieu d'interroger les parties, celles-ci ayant eu tout loisir de s'exprimer par écrit (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

3.1 En substance, la recourante reproche d'abord au SBMA et au DMTE d'avoir rendu des décisions du ressort de l'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, soit, en l'espèce, le conseil municipal de C _____. A suivre la recourante, ces décisions cantonales seraient donc nulles, à tout le moins annulables.

3.2 La première question relative à la validité formelle d'une décision est celle de la compétence de l'autorité qui l'a rendue. La législation fixe la compétence en raison du lieu et de la matière, ainsi que la compétence fonctionnelle de l'autorité (art. 7 al. 1 LPJA). Ces règles sont impératives (Benoît Bovay, *op. cit.*, p. 122). L'autorité que la loi désigne comme compétente n'est en principe pas autorisée à déléguer son pouvoir de décision à une autre instance, que ce soit de manière générale ou dans un cas particulier, sauf si la loi l'y autorise expressément (*ibidem*). Il résulte de ces règles qu'une décision ne saurait être valable si elle a été rendue par une autorité qui n'était pas habilitée par l'ordre juridique à la prononcer (Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, n° 880).

Les conséquences de l'incompétence de l'autorité d'une décision varient suivant les circonstances : nullité ou simple annulabilité (*ibidem*). Selon la jurisprudence, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou particulièrement reconnaissables, et pour autant que la constatation de la nullité ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit (ATF 139 II 243 consid. 11.2). Hormis les cas de nullité expressément prévus par la loi, la nullité ne doit être admise qu'exceptionnellement, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. L'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision peut constituer un motif de nullité (ATF 137 I 273 consid. 3.1).

3.3 En l'occurrence, il convient de déterminer successivement quelle est l'autorité compétente pour prononcer la suspension des travaux (contraires à la LcPN), décider la mise sous protection immédiate de la parcelle concernée et ordonner la compensation du patrimoine archéologique détruit.

3.3.1 La recourante est très clairement dans l'erreur lorsqu'elle prétend que la décision du SBMA ayant ordonné la suspension des travaux est « illégale et nulle ». En effet,

l'article 33 alinéa 1 LcPN habilite expressément le service compétent en la matière à ordonner la suspension des travaux contraires à la LcPN. Certes, l'autorité compétente en matière d'autorisation de construire, qui exerce simultanément la police des constructions (art. 50 al. 1 de la loi du 8 février 1996 sur les constructions – aLC [RO/VS 1996 p. 82 ss] ; art. 54 et 56 de la loi sur les constructions du 15 décembre 2016 – LC [RS/VS 705.1]) peut, elle aussi, prononcer un ordre d'arrêt des travaux : la législation en matière de construction l'y autorise « lorsqu'un projet est exécuté sans autorisation de construire ou contrairement à l'autorisation délivrée, ou que, lors de l'exécution d'un projet autorisé des dispositions sont violées (cf. art. 51 al. 1 aLC et 56 al. 1 LC) ». Il s'agit cependant d'une compétence générale alors que l'intervention du service cantonal fondée sur l'article 33 alinéa 1 LcPN vise les situations d'atteintes potentielles à la LcPN par des travaux subordonnés ou non à autorisation (cf. art. 33 al. 2 et 3 LcPN *a contrario*). Sur ce point, la compétence des services cantonaux spécialisés se superpose à celle de l'autorité de police des constructions dans le but évident de renforcer la protection de la LcPN.

3.3.2 La mise sous protection immédiate des objets menacés est, comme on l'a vu (consid. 1.2), une mesure provisionnelle fondée sur la LcPN, à l'exclusion de la législation en matière de construction. L'article 9 alinéa 6 LcPN habilite le département compétent ou le conseil municipal à rendre une telle décision. Ainsi que le relève à bon escient le DMTE dans sa détermination du 8 mars 2019, le point de savoir laquelle de ces deux autorités est compétente ne dépend pas de l'existence ou non d'une procédure d'autorisation de construire. Si tel était le cas, la loi aurait dû également mentionner la Commission cantonale des constructions (CCC), qui est notamment compétente pour tout projet hors zone à bâtir (art. 2 aLC ; art. 2 LC). La compétence est fonction de la valeur de l'objet considéré, ainsi qu'il en ressort des alinéas 1 à 3 de l'article 9. Par la force des choses, la valeur des vestiges découverts lors de travaux de terrassement ne peut qu'être difficilement déterminée sur le moment. Dans ces conditions, la compétence du département pour prononcer une mise sous protection en cas d'urgence doit être reconnue. Cette solution se justifie d'autant plus que les fouilles relèvent de la compétence et de la responsabilité du canton en vertu de l'article 20 alinéa 1 LcPN. Cela étant, le grief d'incompétence du DMTE pour ordonner la mise sous protection au sens de l'article 9 alinéa 6 LcPN s'avère également infondé.

3.3.3 Il reste à vérifier la compétence du DMTE pour astreindre la recourante à une mesure de compensation.

3.3.3.1 La base légale cantonale (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 – Cst. ; RS 101) prévoyant cette mesure se trouve au chapitre 7 de la loi, qui renferme les dispositions d'« Exécution et protection juridique », et, plus précisément, à l'article 33 LcPN régissant les « Mesures d'exécution et [d'] exécution par substitution ». Les alinéas 2 à 4 de cette norme prévoient ce qui suit :

« ²L'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation de construire peut ordonner le rétablissement des lieux, donner des instructions de comportement avec indication des sanctions encourues et exiger les mesures de sécurité nécessaires. Demeure expressément réservée la compétence du service compétent en la matière pour ordonner la remise en état des lieux dans les cas de travaux non soumis à autorisation de construire.

³ En cas d'inexécution d'un ordre de rétablissement des lieux, l'autorité compétente ordonne ou prend, à l'échéance du délai imparti, les mesures nécessaires aux frais du défaillant. L'autorité peut exiger que ce dernier fasse l'avance des frais prévisibles. Le défaillant peut en outre être tenu de fournir une compensation appropriée lorsque le dommage ne peut être réparé.

⁴ Lorsqu'une autorité n'exécute pas ses tâches, le département ordonne ou prend les mesures nécessaires aux frais de la défaillante. »

L'obligation de fournir une compensation est une modalité de réparation du dommage et revêt un caractère subsidiaire à la remise en état des lieux (cf. s'agissant du droit fédéral : Karl-Ludwig Fahrländer *in* : Commentaire LPN, 2^e éd. 2019, n^{os} 17 ss ad art. 24e LPN ; Thierry Largey, Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage *in* : RDAF 2014 I p. 578). En effet, à teneur de la loi, cette obligation entre en ligne de compte « lorsque le dommage ne peut pas être réparé » (art. 33 al. 3 3^e phrase LcPN). D'un point de vue systématique, l'autorité que la LcPN désigne compétente pour ordonner la remise en état des lieux l'est donc également pour ordonner une mesure compensatoire à la réparation. Or, le législateur cantonal a très clairement déterminé quelle est cette autorité: il s'agit de l'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation de construire (art. 33 al. 2 1^{re} phrase LcPN), partant le conseil municipal ou la CCC (art. 2 aLC ; art. 2 LC). L'article 33 alinéa 2 2^e phrase LcPN réserve « la compétence du service compétent en la matière pour ordonner la remise en état des lieux dans les cas de travaux non soumis à autorisation de construire ».

En l'espèce, les travaux portant atteinte au patrimoine archéologique sont incontestablement soumis à autorisation de construire et ont, d'ailleurs, fait l'objet d'une procédure d'autorisation de construire. Partant, contrairement à ce que retient le Conseil d'Etat, l'autorité compétente selon la LcPN pour prononcer une remise en état des lieux, respectivement une mesure compensatoire, est le conseil municipal de C _____.

3.3.3.2 Le Conseil d'Etat a jugé que le DMTE était compétent eu égard à l'article 20 LcPN (cf. consid. 3.2 *in fine* de la décision attaquée). Il s'est référé au message relatif à la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (BSGC, session de mai 2011, p. 1344), duquel il ressort que « la modification proposée doit renforcer la prise de responsabilité du canton par rapport à la situation actuelle [et que] les fouilles et recherches archéologiques sont des tâches importantes de l'Etat qui fournissent des connaissances essentielles sur l'histoire et le développement de l'humanité, et mettent aussi en évidence l'occupation humaine de certaines régions à diverses époques ». L'article 20 LcPN régit la question des « fouilles, [de] la prospection et [d]es recherches archéologiques ainsi que [de] la publication des résultats de ces recherches » en précisant qu'il s'agit de tâches qui « sont de la compétence et de la responsabilité du canton », qui « prend toutes les mesures nécessaires à l'accomplissement de ces tâches » (art. 20 al. 1 LcPN). Toujours est-il que l'article 20 LcPN relève du chapitre 4 de la loi, qui régit les mesures de protection sans aucunement traiter du rétablissement des lieux et de la réparation du dommage à la faveur d'une mesure compensatoire. Ces questions sont exclusivement et expressément régies par l'article 33 LcPN, norme qui a été totalement révisée dans le cadre de la nouvelle susmentionnée. Cela étant, si le législateur a, certes, souhaité renforcer « la prise de responsabilité du canton » en matière de fouilles, il n'en demeure pas moins qu'il a simultanément désigné quelles étaient les autorités compétentes pour ordonner les mesures d'exécution introduites à l'article 33 LcPN, règle qu'ignore le Conseil d'Etat pour en créer une autre.

Le Conseil d'Etat soutient, à cet effet, que les communes ne disposeraient pas des connaissances et des ressources nécessaires pour traiter du domaine archéologique, de sorte qu'il serait logique que celui-ci soit dévolu à un service étatique. En instituant le DMTE, l'autorité précédente entreprend en réalité de remédier à une solution légale qu'elle considère insatisfaisante. Ce procédé relève, juridiquement, du comblement d'une lacune improprement dite (p. ex. Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, vol. I, 3^e éd. 2012, p. 151). Or, de jurisprudence constante (ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1, 138 II 1 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 2C_482/2018 du 12 décembre 2018 consid. 2.2), seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis que, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, il lui est en principe interdit, sous réserve d'exceptions que personne n'invoque en l'espèce, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites. Ces dernières relèvent de considérations de politique législative qui sortent du champ de compétence du pouvoir judiciaire (arrêt du Tribunal fédéral 8C_502/2014 du 25 mars 2015 consid. 2.3). Le raisonnement du Conseil

d'Etat est donc inadmissible. Pour le reste, il convient de relever qu'en zone à bâtir, le conseil municipal est seul compétent pour délivrer les autorisations de construire, y compris dans des zones archéologiques, moyennant consultation des services cantonaux spécialisés (cf. art. 29 ss LcPN, en particulier art. 31 al. 1 let. b LcPN). Aussi, que les autorités compétentes en matière d'autorisation de construire soient légalement habilitées à ordonner, dans le cadre de la LcPN, le rétablissement des lieux et prononcer les autres mesures visées par les articles 33 alinéa 2 et 3, ne saurait être vu comme un système manifestement inconséquent appelant une intervention correctrice du juge (ou de l'autorité administrative de recours).

Le fait que l'article 20 alinéa 2 LcPN attribue à l'Etat la propriété des objets archéologiques mobiliers ainsi que les dossiers de fouilles n'est finalement pas un motif justifiant de s'écarter des compétences définies à l'article 33 alinéa 2 et 3 LcPN. En le soutenant, le Conseil d'Etat perd de vue que l'autorité qui prononce une mesure de compensation (à la réparation) n'agit pas en qualité de propriétaire lésé mais applique une norme de responsabilité de droit public s'inscrivant dans une relation de droit public entre le perturbateur et la collectivité publique compétente désignée par le droit cantonal (Thierry Largey, *op. cit.*, p. 578).

3.3.3.3 Le Conseil d'Etat n'a aucunement cherché à asseoir la compétence du DMTE sur l'article 33 alinéa 4 LcPN, qui est pourtant la seule disposition susceptible d'habiliter le DMTE à porter, en lieu et place du conseil municipal de C _____ normalement compétent, les différentes décisions visées par les articles 33 alinéa 2 et 3 LcPN. Le législateur cantonal a en effet prévu que, « lorsqu'une autorité n'exécute pas ses tâches, le département ordonne ou prend les mesures nécessaires aux frais de la défaillante ». Le DMTE avait, devant l'instance précédente, argué de l'applicabilité de cette disposition au motif que la commune de C _____ avait indûment autorisé le début anticipé des travaux. Ce raisonnement est irrelevant dans la mesure où le conseil municipal avait, néanmoins, expressément obligé la recourante à aviser préalablement le SBMA du début des travaux, reprenant la charge que ce service avait lui-même demandé d'intégrer au permis de bâtir. En outre, une intervention du département se justifie, aux termes de l'article 33 alinéa 4 LcPN, lorsque l'autorité n'exécute pas « ses tâches ». Or, dans le contexte de l'article 33 LcPN, ces tâches consistent à ordonner le rétablissement des lieux respectivement une mesure compensatoire de réparation. En pareille hypothèse, le « département ordonne ou prend [alors] les mesures nécessaires aux frais de la défaillante », par quoi il faut entendre « l'autorité défaillante ».

La compétence du DMTE pour prescrire à la recourante de réparer le dommage par le biais d'une mesure de compensation dépend exclusivement du point de savoir si la commune de C _____ a, en l'occurrence, concrètement failli à l'exécution de ses tâches. Or, le Conseil d'Etat n'a pas examiné ni tranché cette problématique affectant la validité même de la décision à l'origine du litige. Il a laissé la commune de C _____ à l'écart de la procédure sans lui donner l'occasion de s'expliquer ou de présenter son point de vue quant à la défaillance que lui impute le DMTE. Directement mise en cause, cette question l'intéresse en premier chef, ce d'autant qu'il en va de la question de savoir si, en fin de compte, c'est elle, plutôt que le DMTE, qui avait la compétence d'agir. Dans le contexte de l'article 33 alinéa 4 LcPN, il convient à tout le moins d'entendre la commune de C _____ à titre de mesure d'instruction. Cela étant, eu égard à sa mission de contrôle (art. 72 LPJA), il n'appartient pas au Tribunal, dernière instance cantonale de recours, de remédier à une instruction lacunaire et de trancher une question juridique décisive inabordée.

4.1 En conséquence, la décision attaquée doit être annulée et l'affaire renvoyée au Conseil d'Etat afin que celui-ci se prononce, la commune de C _____ entendue et l'instruction complétée dans toute la mesure nécessaire, sur le point de savoir si le DMTE pouvait valablement fonder sa compétence sur l'article 33 alinéa 4 LcPN (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). Cette issue équivaut à une admission du recours.

4.2 L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 4 LPJA). L'Etat du Valais versera des dépens à la recourante qui a gain de cause et qui a pris une conclusion dans ce sens (art. 91 al. 1 LPJA). Ces dépens seront arrêtés au montant de 2500 fr. (TVA et débours compris) ceci eu égard, notamment, au travail effectué par le mandataire des recourants, qui a consisté principalement en la rédaction d'un mémoire de 37 pages et de deux déterminations complémentaires de 13 et 2 pages (art. 4, 27, 29 al. 2, 39 de la loi 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis.
2. L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision au sens des considérants 3.3.3.3 et 4.1.
3. Il n'est pas perçu de frais.
4. L'Etat du Valais versera 2500 fr. de dépens à X _____ SA.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître M _____, pour la recourante, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 12 décembre 2019