

A1 21 265

ARRÊT DU 12 AOÛT 2022

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Matthieu Sartoretti, greffier,

en la cause

X_____, recourante, représentée par Maître Béatrice Stahel, avocate,

contre

CONSEIL D'ETAT DU VALAIS, autorité attaquée, et
CONSEIL COMMUNAL DE Y_____, autre autorité,

(Construction & urbanisme)

recours de droit administratif contre la décision du 27 octobre 2021

Faits

A. X_____ – dont la raison sociale était A_____ de 1996 à septembre 2004 et B_____ de septembre 2004 à avril 2019 – est une société active dans le domaine de l'exploitation d'hôtels et restaurants, dont le siège social est situé à Y_____.

Dite société est propriétaire de la parcelle n° xxx1, plan n° xxx2, de l'ancienne commune de Y_____ (devenue la commune de Y_____ suite à sa fusion avec la commune de C_____). Sise à la route de D_____ à E_____, cette parcelle est colloquée en zone touristique de centre T1 selon le plan d'affectation des zones (PAZ) et le règlement de construction de la commune de Y_____ (RCC) votés en Conseil général le xxx 2000, approuvés par le Conseil d'Etat le xxx 2003 et toujours en vigueur dans l'attente de l'harmonisation des règlements communaux ensuite de la fusion des deux communes précitées (art. 19 du contrat de fusion accepté en votation populaire le xxx).

Situé dans le centre de la station de E_____, au lieu-dit « F_____ », le bien-fonds n° xxx1 s'étend sur une surface de 1'229 m² et supporte actuellement un bâtiment de plusieurs étages qui, architecturalement, se présente comme un grand chalet. Il s'intègre dans un tissu largement bâti, composé principalement de bâtiments d'habitation, également réalisés sous la forme de grands chalets comportant des commerces au rez-de-chaussée. Tel est en particulier le cas des biens-fonds contigus n° xxx3 au nord-ouest, n° xxx4 au nord et n° xxx5 à l'est. Au sud, la parcelle n° xxx1 est adjacente à la route de D_____ (parcelle n° xxx6 de la commune de Y_____).

B. X_____ exploite le bâtiment sis sur la parcelle n° xxx1 comme hôtel-restaurant (« G_____ ») et comme discothèque (« H_____ ») pour une partie des surfaces du rez-de-chaussée.

C. Par décision du xxx, le Conseil municipal de Y_____ (ci-après : le Conseil municipal) a délivré à B_____ un permis de construire autorisant notamment l'édification d'un volume supplémentaire à l'arrière de l'hôtel (dossier communal n° xxx7). Accolées à la moitié ouest de la façade nord du bâtiment, ces nouvelles surfaces d'environ 60 m² étaient exclusivement destinées à être aménagées en local WC attenant à la discothèque.

D. A une date indéterminée, une terrasse a semble-t-il été autorisée puis aménagée à l'ouest du local WC précité et utilisée pour le stockage de matériel (verre). Il était convenu qu'elle ne changerait pas d'affectation ni ne serait utilisée comme fumoir à l'avenir.

E. En novembre 2009, A _____ – dont la raison sociale était en réalité B _____ à cette date – a déposé une demande d'autorisation portant sur la création d'une porte de service dans le mur ouest du local WC et l'aménagement d'une salle fumeurs à l'intérieur de celui-ci. La porte de service donnerait accès à la terrasse extérieure qui demeurerait vouée au stockage du verre. Ce projet a suscité l'opposition de plusieurs propriétaires voisins qui ont notamment indiqué que la porte avait d'ores et déjà été créée sans autorisation. Le 12 février 2010, ces derniers ont encore informé la commune que l'exploitation de la discothèque causait des nuisances sonores inadmissibles et que la société avait transformé la terrasse en pergola, toujours sans autorisation. Invitée à se déterminer sur l'opposition des voisins, B _____ a indiqué, par courrier du 8 mars 2010, avoir trouvé un accord avec eux aux termes duquel la terrasse/pergola, utilisée comme « *coin fumeurs* » extérieur (ci-après : le fumoir extérieur), serait temporairement fermée et isolée phoniquement. Si cette solution devait s'avérer satisfaisante, une demande de permis de construire serait alors déposée afin de la pérenniser.

Par décision du 31 xxx (dossier communal n° xxx8), le Conseil municipal a indiqué que la visite des lieux du 23 février 2010 avait révélé que des travaux avaient déjà été réalisés : l'espace extérieur avait été transformé en terrasse/pergola et ne servait plus au dépôt des caisses vides mais était utilisé comme fumoir extérieur, ce qui contrevenait au RCC. Il a par conséquent ordonné la remise en état des lieux, à savoir la démolition de la terrasse/pergola utilisée comme fumoir extérieur dans un délai de six mois. Faute d'avoir été attaquée, cette décision est entrée en force à l'échéance du délai de recours.

F. Par courriel du 19 mai 2010, B _____ a une nouvelle fois informé le Service des constructions qu'elle était en discussion avec les propriétaires voisins qui s'étaient opposés au projet de fumoir. Elle souhaitait présenter à ces dernier l'impact sonore d'un fumoir fermé et isolé, créé à l'emplacement de la terrasse/pergola. Aussi sollicitait-elle du Conseil municipal qu'il suspende temporairement la procédure de remise en état du fumoir extérieur et l'autorise à fermer la terrasse/pergola avec des matériaux phoniques. Cela lui permettrait de réaliser un test et d'obtenir, en cas de satisfaction des voisins, une servitude de non-bâtir nécessaire au maintien de ce nouveau volume qui ne respecterait pas la distance de 4 m au droit de la parcelle n° xxx3. Dès lors que les montants à investir pour réaliser ce test étaient importants, soit de l'ordre de 20'000 à 30'000 francs, B _____ sollicitait également un « *préavis* » quant à la faisabilité d'un

fumoir fermé et isolé (ci-après : le fumoir intérieur), afin d'éviter de recueillir l'accord des voisins si, *in fine*, cette construction ne pouvait être autorisée.

Dans sa réponse du 16 juin 2010, le Conseil municipal a accepté la requête de B_____ Il déplorait toutefois le non-respect des conditions posées lors de l'autorisation de la terrasse située à l'ouest du local WC, à savoir le fait qu'elle ne serait pas utilisée comme fumoir, ni ne ferait l'objet d'un changement d'affectation. Il subordonnait cependant la réalisation des travaux évoqués au dépôt d'un nouveau dossier et d'une mise à l'enquête publique. Par courrier du 13 juillet 2010, le Conseil municipal a confirmé le contenu de sa précédente missive et refusé d'admettre la réalisation d'un prototype d'essai sans mise à l'enquête publique, comme le demandait B_____

G. En octobre 2010, la société a ainsi déposé une nouvelle demande d'autorisation de construire une salle fumeur (dossier communal n° xxx9). Selon les plans d'architecte approuvés le 12 octobre 2010 par le Conseil municipal et mis à l'enquête publique dès le xxx, le projet de fumoir différait de celui évoqué dans le courrier du 8 mars 2010 et le courriel du 19 mai 2010. Il n'impliquait en effet plus la création d'un volume supplémentaire à l'ouest du local WC par la fermeture et l'isolation du fumoir extérieur. Le fumoir désormais projeté serait implanté en grande partie dans le local WC et, pour une petite partie, dans l'agrandissement prévu à l'ouest de celui-ci. Ce projet respecterait en tout point la distance à la limite de 4 m par rapport à la parcelle n° xxx3. Le Conseil municipal a autorisé ce projet par décision du 24 octobre 2011.

H. Parallèlement à cette demande d'autorisation de construire le fumoir selon les plans n°s xxx9, B_____ a sollicité, par courriel du 26 novembre 2010, une « *autorisation exceptionnelle pour améliorer phoniquement la pergola pour [l']hiver [2010/2011], en garantissant que tout sera[it] démonté au mois de mai 2011* ». Cette solution provisoire impliquait de fermer la terrasse/ pergola pour la transformer en fumoir intérieur d'environ 26 m², ce qui éviterait les nuisances sonores provoquées par l'utilisation de la pergola/terrasse en tant que fumoir extérieur durant l'hiver 2009/2010. B_____ se prévalait du consentement de l'administrateur des PPE qui s'étaient précédemment opposées au projet, ce qu'attestait une convention conclue le 25 novembre 2010 entre les intéressés et annexée à son courriel. Sur le plan de situation, également annexé, figurait le fumoir provisoire à l'emplacement du fumoir extérieur existant soit sur la terrasse/ pergola à l'ouest du local WC. Dans la mesure où la distance à la limite de 4 m n'était pas respectée au droit de la parcelle n° xxx3, une servitude de non-bâti – non inscrite au registre foncier – figurait sur ce plan. B_____ précisait à cet égard qu'une

fois la servitude de non-bâtir obtenue, elle déposerait une nouvelle demande d'autorisation dans le but de pérenniser ce fumoir.

Par décision du 23 décembre 2010, le Conseil municipal a provisoirement autorisé la construction du fumoir, soit pour la durée de la saison 2010/2011, l'installation devant être démontée au plus tard le 31 mai 2011. La décision précisait que les conditions fixées dans la convention du 25 novembre 2010 faisaient partie intégrante de l'autorisation provisoire.

J. Le 28 septembre 2011, l'administrateur des PPE voisines a informé le Service des constructions que le fumoir provisoire avait permis de réduire efficacement les nuisances sonores et sollicitait son maintien jusqu'au 31 mai 2012, afin que tous les propriétaires de lots aient le temps de se déterminer sur l'inscription au registre foncier d'une servitude de non-bâtir en faveur de la parcelle n° xxx1. Par courrier du 14 novembre 2011, le Conseil municipal a fait droit à cette demande « *aux mêmes conditions [que celles] mentionnées dans la correspondance du 23.12.2010* ».

Le 20 juillet 2012, l'administrateur des PPE a informé le Service des constructions que les propriétaires de la parcelle n° xxx3 ne consentiraient pas à l'inscription de la servitude de non-bâtir précitée, de sorte que le fumoir devrait être démolit. Le 14 septembre 2012, le Conseil municipal a interpellé B_____ pour qu'elle se détermine sur la suite du dossier, tout en soulignant qu'elle n'avait pas respecté les conditions fixées par le courrier du 14 novembre 2011 autorisant le maintien du fumoir à titre provisoire. Dans les faits et malgré quelques échanges entre la société et les autorités communales, le fumoir est demeuré en l'état par la suite et a continué à être utilisé comme tel.

K. Entre 2011 et 2018, plusieurs autres demandes d'autorisations de construire ont été déposées par B_____, qui portaient sur divers éléments tels que la création d'un jacuzzi et d'une véranda, la pose d'enseignes lumineuses ou encore la création d'un escalier en façade. Ces divers travaux ont été autorisés, à l'exception des enseignes lumineuses en raison du retrait de la demande y relative. Aucune de ces demandes n'a concerné le fumoir.

L. Le 25 avril 2018, B_____ et les propriétaires de la parcelle n° xxx3 ont constitué, par-devant notaire, une « *servitude de restriction de bâtir (dérogation aux distances) autorisant le propriétaire de la parcelle no xxx1 à édifier une construction (fumoir) à une distance légèrement inférieure à la distance légale réglementaire de quatre mètres*[, qui] *obligera ainsi les copropriétaires de la parcelle no xxx3, en cas d'agrandissement de la*

construction sur leur parcelle, à respecter une distance calculée par rapport aux confins de l'assiette indiquée ».

M. Dans un courrier du 15 octobre 2018 adressé à B_____, le Service des constructions a rappelé avoir effectué une vision locale le 9 octobre 2018 dans le cadre de la demande d'autorisation de construire relative aux transformations de l'hôtel avec modification des façades déposée en janvier 2018 (dossier communal n° xxx10), au cours de laquelle il avait notamment constaté que le fumoir intérieur existant, réalisé par la fermeture et l'isolation de l'ancien fumoir extérieur, n'avait jamais été autorisé. Sa régularisation semblait en outre exclue dans la mesure où il ne respectait pas la distance à la limite au droit de la parcelle n° xxx3 et qu'une servitude de non-bâti ne permettrait pas d'y remédier, puisqu'elle engendrerait une non-conformité du bâtiment existant sis sur la parcelle précitée. Dans le délai imparti pour exercer son droit d'être entendu à ce sujet, la société a expliqué avoir toujours considéré, de bonne foi, que le fumoir avait été valablement autorisé. Elle ajoutait cependant vouloir régulariser les différents éléments problématiques pointés par le Service des constructions dans le courrier précité.

N. A la demande des autorités communales, B_____ a déposé un dossier complet de régularisation le 28 février 2019 portant sur le fumoir et sur un réduit utilisé comme local à skis. Publié au Bulletin officiel du xxx 2019, le projet de régularisation n'a suscité aucune opposition.

Par décision du 29 août 2019, le Conseil municipal a délivré une autorisation de construire partielle en ce sens qu'il régularisait le réduit mais refusait le maintien du fumoir dont il ordonnait la démolition dans un délai de trois mois. En substance, la décision rappelait que le fumoir ne pouvait être autorisé puisqu'il ne respectait pas la distance à la limite et que la servitude de non-bâti ne pouvait remédier à cette irrégularité et rendrait ainsi la construction voisine non réglementaire. L'octroi d'une dérogation ne se justifiait par conséquent pas et, s'agissant d'une construction qualifiée de précaire, sa démolition pouvait être ordonnée sans contrevenir au principe de la proportionnalité.

O. Le 9 septembre 2019, X_____ a adressé au Conseil d'Etat une requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours qui serait déposé ultérieurement contre cette décision. Par courrier du 17 septembre 2019, le Service des affaires intérieures et communales l'a informée que vu sa nature, le recours serait automatiquement assorti de l'effet suspensif de par la loi.

Par acte daté du 30 septembre 2019, X_____ a interjeté un recours administratif contre cette décision auprès du Conseil d'Etat. Sous suite de frais et dépens, la société

concluait principalement à l'annulation de l'ordre de démolition du fumoir et à la délivrance de l'autorisation de construire. Subsidiairement, elle concluait à ce que le fumoir fût toléré dans son état actuel, de même que les travaux nécessaires à son maintien et à sa rénovation. En bref, la recourante soutenait que le fumoir aurait dû être autorisé en vertu du principe de la bonne foi, qu'il réunissait de surcroît les conditions d'octroi d'une dérogation et que sa démolition était quoi qu'il en soit exclue à peine de violation du principe de la proportionnalité.

Dans sa réponse du 8 novembre 2019, le Conseil municipal a proposé le rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Les parties ont eu l'occasion de s'exprimer lors d'un second échange d'écritures, dans lequel elles ont étayé leurs argumentations et persisté dans leurs conclusions.

Statuant le 27 octobre 2021, le Conseil d'Etat a rejeté le recours. En substance, il a considéré que la recourante ne pouvait se prévaloir du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101]), plus précisément de la protection de la confiance placée dans les garanties prétendument reçues des autorités communales quant à la régularisation future du fumoir. Il a confirmé que le Conseil municipal n'avait par ailleurs pas violé le droit (art. 47 al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administrative [LPJA ; RS/VS 172.6]) en refusant une dérogation permettant le maintien de la construction (art. 6 de la loi du 15 décembre 2016 sur les constructions [LC ; RS/VS 705.1] et 84 s. RCC) et en retenant que la remise en état s'avérait proportionnée (art. 57 al. 1 et 2 LC). La prescription (art. 57 al. 4 LC) n'étant pour le surplus pas acquise, le refus de régulariser le fumoir devait être confirmé.

P. Par mémoire du 3 décembre 2021, X_____ a porté cette décision devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à la régularisation du fumoir, sous suite de frais et dépens. A l'appui de son recours de droit administratif, la précitée réitère les griefs soulevés à l'encontre de l'ordre de remise en état émanant du Conseil municipal. La confirmation de la remise en état par le Conseil d'Etat violerait de son point de vue le principe de la bonne foi, procéderait d'un abus de pouvoir d'appréciation dans la mesure où la dérogation sollicitée aurait dû être accordée et contreviendrait au principe de la proportionnalité. La prescription décennale étant désormais acquise, le fumoir devrait quoi qu'il en soit être toléré pour ce motif. La recourante a produit diverses pièces en annexe à son recours et sollicité l'édition du dossier du Conseil d'Etat relatif à la cause (dossier n° xxx11).

Invité à se déterminer sur le recours, le Conseil d'Etat a, par courrier du 22 décembre 2021, renvoyé à la motivation développée dans la décision attaquée et a proposé le rejet du recours, sous suite de frais. Il a de plus produit son dossier complet.

Dans sa réponse du 24 janvier 2022, le Conseil municipal de Y_____ s'est déterminé de manière circonstanciée sur les griefs invoqués, avant de proposer le rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Les 7 février 2022 et 23 février 2022, la recourante et le Conseil municipal de Y_____ ont complété leurs argumentaires et persisté dans leurs conclusions respectives.

Considérant en droit

1. Adressé en temps utile au Tribunal cantonal, le recours respecte les exigences formelles applicables. Il émane de la société X_____ qui dispose de la qualité pour recourir étant donné qu'elle est directement touchée par la décision entreprise confirmant l'ordre de remise en état du fumoir dont elle est propriétaire (art. 44, 46 et 48 LPJA, applicables par renvoi de l'art. 80 al. 1 LPJA, art. 72 et 78 LPJA). Le recours étant recevable, il convient d'entrer en matière.

2. Le Conseil d'Etat a produit le dossier complet de la cause (dossier n° xxx11). Partant, la seule mesure d'instruction sollicitée par la recourante a été satisfaite.

3. Sur le fond, la recourante invoque un premier moyen tiré de la violation du principe de la bonne foi en vertu duquel la promesse de régularisation découlant de divers actes des autorités communales, respectivement de la tolérance du fumoir durant plus de huit ans, aurait dû être protégée. En effet, le fumoir aurait été provisoirement autorisé par décision du 23 décembre 2010. Cette dernière mentionnait de surcroît que les conditions de la convention du 25 novembre 2010 faisaient partie intégrante de l'autorisation temporaire. Puisque cette convention évoquait les démarches en cours pour l'inscription au registre foncier d'une servitude de non-bâtir visant à obtenir une dérogation à la distance à la limite par rapport à la parcelle n° xxx3, la recourante aurait été fondée à considérer qu'une fois la servitude inscrite, le fumoir serait régularisé par les autorités communales. Or, les démarches menées à cet égard par la recourante et dont le Conseil municipal était tenu informé, ont finalement abouti à l'inscription précitée en avril 2018,

ce qui aurait dû avoir pour conséquence la régularisation du fumoir intérieur. En outre, la décision du 14 novembre 2011 aurait à nouveau toléré le fumoir mais, cette fois, pour une durée indéterminée. Quant à l'autorisation de construire un fumoir intérieur délivrée le 24 octobre 2011, elle aurait, certes, autorisé la recourante – sans toutefois la contraindre – à réaliser un fumoir à un emplacement différent, conformément aux plans y relatifs. Elle n'imposait quoi qu'il en soit pas la démolition du fumoir existant et était donc sans pertinence pour statuer sur sa régularisation et juger de la bonne foi de la recourante. Par ailleurs, la demande de permis construire déposée par la recourante en 2018 en vue de la transformation de l'hôtel avec modification des façades (dossier communal n° xxx10) contenait des plans qui figuraient le fumoir litigieux, dont la surface était de surcroît comptabilisée dans le calcul de l'indice brut d'utilisation du sol (IBUS). En délivrant l'autorisation sollicitée le 3 septembre 2018, sans remettre en question la validité des plans précités, ni la licéité du fumoir représenté sur ceux-ci, le Conseil municipal l'aurait en réalité « *approuvé en tant que local existant* ». Dans ces conditions, il ne pouvait plus en contester la légalité par la suite, comme il l'a fait dans son courrier du 15 octobre 2018. L'ensemble de ces éléments démontrerait que le Conseil municipal aurait continuellement garanti à la recourante la régularisation future du fumoir. X_____ aurait du reste été fondée à interpréter ces éléments comme une promesse de régularisation au vu de la longue tolérance d'environ huit ans dont le fumoir avait bénéficié. L'existence d'une promesse étant acquise, le Conseil d'Etat aurait dû examiner les autres conditions d'application du principe de la confiance, ce dont il se serait abstenu à tort.

3.1. Le principe de la bonne foi, selon lequel les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi, est explicitement consacré par l'art. 5 al. 3 Cst. L'art. 9 Cst. peut aussi être invoqué à cet égard (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1; ATF 136 I 254 consid. 5.2). Il découle de ce principe que l'administration et les administrés doivent se comporter réciproquement de manière loyale et s'abstenir, dans les relations de droit public, de tout comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2). L'administration doit par conséquent s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. 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, pour autant 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 que

l'administré 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. Si ces conditions sont réunies, le citoyen peut alors exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci (ATF 143 V 95 consid. 3.6.2; ATF 141 V 530 consid. 6.2 et 137 II 182 consid. 3.6.2; arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.4.1).

3.2 En l'espèce, la lecture de la chronologie des événements et des différents documents par la recourante s'avère biaisée et dictée par les besoins de la cause. Pour le comprendre, il suffit d'examiner les différents actes qu'elle invoque au soutien de la prétendue promesse de régularisation.

Sans autorisation, la recourante a transformé la terrasse située à l'ouest du local WC en une pergola qu'elle a utilisée comme fumoir extérieur durant la saison d'hiver 2009/2010. Ces modifications ont fait l'objet d'une décision de remise en état le 31 mars 2010, entrée en force sans avoir été attaquée mais dont l'exécution a toutefois été temporairement suspendue par la suite.

En effet, par courriel du 19 mai 2010, la recourante a sollicité des autorités communales que le fumoir extérieur puisse être fermé et isolé phoniquement, afin d'évaluer les effets d'une telle construction sur les nuisances sonores. Pour ce faire, elle a demandé la « *suspension de la procédure de remise en état, le temps de faire les tests* » et d'obtenir la servitude de non-bâti des propriétaires voisins. De même a-t-elle requis un « *préavis pour la faisabilité de ce local [afin] d'éviter d'obtenir toutes les autorisations des voisins et au final être bloqué[e] par la commune* ». Loin de lui donner une quelconque assurance à cet égard, le Conseil municipal a répondu qu'il donnerait suite à sa demande pour autant que le fumoir fermé et isolé fasse l'objet d'un nouveau dossier et d'une mise à l'enquête conforme au droit, ce qu'il a du reste confirmé par nouvelle décision du 13 juillet 2010 qui écartait la demande de la recourante d'être autorisée à réaliser ces travaux sans enquête publique. Or, si l'intéressée a, certes, déposé une demande d'autorisation de construire au début du mois d'octobre 2010, celle-ci n'avait cependant pas pour objet la réalisation d'un fumoir fermé à l'emplacement de la terrasse/pergola, comme évoqué dans son courriel. Le projet, autorisé par décision du 24 octobre 2011, consistait en réalité à agrandir légèrement le local WC pour y aménager un fumoir dans le respect de la distance à la limite. Contrairement à ce que soutient la recourante, le Conseil municipal n'avait pas à statuer à cette occasion sur l'éventuelle démolition du

fumoir existant, puisque la procédure avait pour objet la réalisation d'un fumoir différent. X_____ ne saurait par conséquent en tirer un quelconque bénéfice ou en inférer une assurance implicite quant à la régularisation du fumoir litigieux. Par surabondance, à supposer que le Conseil municipal eût rendu le préavis favorable sollicité par la recourante dans son courriel du 19 mai 2010, il n'aurait été d'aucun secours à la recourante, puisque de tels préavis ne lient pas l'autorité en vertu des art. 37 LC – dont le pendant sous l'ancien droit était l'art. 30 de l'ancienne ordonnance du 2 octobre 1996 sur les constructions (aOC ; RS/VS 705.100) – et 9 RCC.

S'agissant de la décision du 23 décembre 2010, elle autorisait la fermeture et l'isolation du fumoir « **à titre provisoire pour la saison 2010/2011** » (en gras et souligné dans le texte original) et précisait que l'installation devrait être démontée au plus tard le 31 mai 2011. En d'autres termes, elle ne faisait que prolonger le délai d'exécution de la remise en état du fumoir extérieur ordonnée le 31 mars 2010, ce local pouvant être fermé et isolé dans l'intervalle. De bonne foi, cette décision ne pouvait être interprétée comme une promesse de régularisation du fumoir au-delà de ce délai. Au vrai, la recourante est malvenue de prétendre le contraire puisque son courriel du 26 novembre 2010, qui a suscité cette décision, mentionnait expressément que les voisins avaient donné leur accord « *pour une installation provisoire (phonique) pour cet hiver, dans la convention [annexée] [...] [et qu'elle] garantissa[it] que tout sera[it] démonté au mois de mai 2011* ». La recourante précisait même qu'une fois la servitude signée, une demande d'autorisation du fumoir serait déposée, de sorte qu'elle était parfaitement consciente qu'une nouvelle procédure, dont elle ne pouvait préjuger l'issue, serait encore nécessaire.

Les mêmes motifs valent s'agissant de la décision du 14 novembre 2011 qui faisait suite à une demande des copropriétaires tendant à prolonger « *pour une année, aux mêmes conditions, soit jusqu'au 31.05.2012* », l'autorisation provisoire du fumoir. Faisant droit à cette requête – dont on s'étonne qu'elle émanait des propriétaires voisins et non de la recourante –, le Conseil municipal a précisé que la Commission de l'aménagement du territoire et autorisations de construire (ci-après : la commission) avait préavisé favorablement le projet « *aux mêmes conditions [que celles] mentionnées dans la [précédente décision]* ». Sauf à priver de sens et la demande des voisins et la décision du 14 novembre 2011, il résulte clairement de ces documents que l'autorisation de maintenir le fumoir fermé et isolé était prolongée d'une année et reportait d'autant le délai de remise en état de la décision du 31 mars 2010. Dans ces conditions, la recourante ne peut manifestement pas être suivie lorsqu'elle affirme, sans égard au

contenu des documents précités, que la décision du 14 novembre 2011 aurait « *toléré le fumoir litigieux pour une durée indéterminée* ». Pour le reste, le Tribunal ne discerne pas et la recourante n'explique pas en quoi cette décision formulerait, même implicitement, une garantie de régularisation du fumoir à l'avenir.

Enfin, la recourante ne peut évidemment rien déduire du fait que le Conseil municipal a approuvé des plans sur lesquels figuraient le fumoir litigieux dans le cadre de la procédure d'autorisation de construire n° xxx10. Dite procédure portait, certes, sur la réalisation de travaux concernant le bâtiment sis sur la parcelle n° xxx1, mais ils n'avaient toutefois aucun lien avec le fumoir litigieux. Ce dernier ne faisait par conséquent pas partie du projet autorisé par le Conseil municipal dans ce cadre et qui, seul, bénéficie de l'autorité de chose décidée. Sauf à étendre de manière inadmissible les effets juridiques du permis de construire au-delà de son objet, c'est manifestement en vain, que la recourante affirme que le fumoir aurait été « *approuvé en tant que local existant* » à cette occasion.

La durée de tolérance du fumoir ne permettait pas non plus à la recourante de se croire bénéficiaire d'une promesse de l'autorité. Un ordre de démolition avait été rendu le 31 mars 2010 concernant le fumoir extérieur réalisé en 2009 seulement. Quant aux décisions des 23 décembre 2010 et 14 novembre 2011, elles étaient conditionnées au démontage du fumoir à l'échéance fixée par l'autorité, à savoir le 31 mai 2011, respectivement le 31 mai 2012. Le caractère temporaire de ces autorisations ne pouvait échapper à la recourante, si bien qu'elle savait que le fumoir n'était plus conforme au droit depuis le 1^{er} juin 2012 et qu'il lui incombait de le démonter, comme elle s'était engagée à le faire dans son courriel du 26 novembre 2010.

En définitive, pris isolément ou conjointement, les éléments qui précèdent ne peuvent être assimilés à une garantie, même implicite, de régularisation ou de tolérance du fumoir à l'avenir. Partant, c'est à bon droit que la décision entreprise a retenu qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe de la confiance, sans examiner les autres conditions y relatives.

Mal fondé, le grief est rejeté.

4. Dans un deuxième moyen, la recourante estime que le refus d'autoriser le fumoir à titre dérogatoire procède d'un abus du pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 6 LC qui permet l'octroi de dérogations 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. Or, une soigneuse pesée des intérêts en présence aurait dû conduire

les autorités successives à accorder une dérogation pour le fumoir litigieux. L'intérêt public inhérent aux règles relatives aux distances aux limites serait en effet de garantir des conditions de salubrité (lumière, air, soleil, tranquillité) suffisantes aux voisins. Il ne serait toutefois pas pertinent en l'espèce vu le consentement des propriétaires voisins à l'implantation du fumoir à moins de 4 m de la limite. A l'inverse, en réduisant fortement les nuisances sonores et les risques de fumée passive liés à la présence de fumeurs à l'extérieur de la discothèque, le maintien du fumoir concrétiserait un autre intérêt public : la tranquillité du secteur. S'y ajouterait l'intérêt privé évident de la recourante à maintenir cette infrastructure dans le cadre de l'exploitation de la discothèque. La pesée des intérêts pencherait donc clairement en faveur de l'octroi d'une dérogation, ce que le Conseil d'Etat aurait nié à tort.

4.1. En vertu 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. Les règles fixant des distances à la limite tendent non seulement à préserver les intérêts privés des voisins, mais visent également à garantir un aménagement sain et rationnel (arrêt du Tribunal fédéral 1C_114/2018 du 21 juin 2019 consid. 5.3 et la référence citée). Si l'art. 6 LC prescrit les règles applicables de manière générale aux dérogations, celles relatives aux dérogations concernant la distance à la limite sont spécifiquement régies par l'art. 8 al. 5 LC. Ce dernier permet de modifier la distance à la limite par la constitution d'une servitude sur le fonds voisin, pour autant que la distance entre bâtiments soit respectée, étant précisé que la servitude doit être inscrite au registre foncier en faveur de la commune également.

Au niveau communal, l'art. 97 RCC prévoit une distance à la limite de 4 m pour la zone touristique de centre T1. L'art. 83 RCC définit cette notion comme la distance horizontale la plus courte entre la limite de propriété et la façade de la construction. A l'instar de l'art. 8 al. 5 LC, l'art. 85 RCC dispose que des dérogations aux distances minimales à la limite peuvent être obtenues moyennant la constitution sur le fonds voisin d'une servitude inscrite au registre foncier, en faveur de la commune, garantissant que la distance entre bâtiments sera respectée. Cette dernière est pour sa part définie à l'art. 84 let. a RCC. Il s'agit de la distance la plus courte entre deux façades de bâtiments et équivaut à la somme des distances par rapport à la limite (art. A1-7.2 de l'accord intercantonal du 22 septembre 2005 sur l'harmonisation de la terminologie dans le domaine des constructions [AIHC ; RS/VS 705.101] et annexe n° 2 de l'AIHC – Croquis, p. 14). Selon l'art. 84 let. b RCC, il est possible de déroger à la distance entre bâtiments conformément aux dispositions légales de police du feu, sauf en zone T1 et T2.

4.2. Dans le cas présent, la recourante invoque l'art. 6 LC sans tenir compte des dispositions topiques, à savoir les art. 8 al. 5 LC et 85 RCC. Or, les conditions que ces derniers posent à l'octroi d'une dérogation ne sont à l'évidence pas réunies. Le fumoir se trouve à environ 80 cm de la limite qui sépare les parcelles n^{os} xxx1 et xxx3, en lieu et place des 4 m applicables dans la zone touristique de centre T1. En principe, une telle configuration serait admissible moyennant l'inscription au registre foncier d'une servitude garantissant que la distance entre bâtiments de 8 m (2 x 4 m) sera respectée. Cela étant, la distance qui sépare le fumoir du bâtiment déjà existant sur la parcelle n^o xxx3 n'est que d'environ 5 m 50, ce qui ressort du plan de situation de la procédure de régularisation (dossier n^o xxx12). S'il est vrai que la servitude de non-bâtir inscrite au registre foncier empêcherait les propriétaires de la parcelle voisine de construire à l'avenir à une distance inférieure de 8 m, elle ne remédie en revanche pas au non-respect de la distance entre les bâtiments déjà construits, lors même que l'art. 84 RCC exclut toute dérogation dans ce cadre en zone touristique de centre T1. Pour ce motif déjà, c'est à bon droit que les autorités successives ont refusé l'octroi d'une dérogation.

Par surabondance, il convient de souligner que le fumoir ne respecte pas non plus la distance à la limite au droit de la parcelle n^o xxx4. Selon le plan de situation, la distance est d'environ 3 m 50 au point le plus défavorable et la parcelle n^o xxx1 ne bénéficie à cet égard d'aucune servitude garantissant le respect de la distance entre bâtiments à charge de la parcelle n^o xxx4, contrairement à ce que prescrit l'art. 85 RCC. Ce constat s'opposerait donc également à l'octroi de la dérogation souhaitée.

On peut préciser que, contrairement à ce que suggère la recourante, l'art. 6 LC n'est en l'occurrence pas pertinent. Eu égard à l'importance de la problématique des distances aux limites et entre bâtiments, les législateurs cantonal et communal ont fixé les conditions d'octroi des dérogations en la matière dans des dispositions spéciales, à savoir les art. 8 al. 5 LC et 85 RCC. Sauf à revenir sur leur choix et à priver ces dispositions de tout effet, il ne saurait être question de s'en affranchir en appliquant les dispositions générales relatives aux dérogations, soit les art. 6 LC et 127 RCC. Au demeurant, même à supposer que tel soit le cas, le grief n'en devrait pas moins être rejeté. Les deux dispositions précitées permettent en effet d'accorder une dérogation lorsque des circonstances exceptionnelles ou des motifs importants le justifient (RVJ 2018 p. 8 consid. 3.1), respectivement si l'application stricte des prescriptions légales ne s'adapte pas aux conditions d'un terrain ou d'un programme particulier, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant d'un voisin ne s'en trouve lésé. Dans le présent cas, l'empiètement du fumoir sur les distances aux limites ne résulte pas de

considérations techniques ou architecturales, mais repose sur des motifs de convenance personnelle de la recourante. Preuve en est le permis de construire obtenu par la recourante à sa demande (dossier communal n° xxx9) qui autorisait la construction d'un fumoir intérieur dans le respect de la distance aux limites et entre bâtiments, moyennant un léger agrandissement du local WC. En d'autres termes, un fumoir intérieur pourrait être réalisé sans empiéter sur la distance à la limite. Même si les propriétaires voisins concernés ont consenti à l'empiètement actuel, cette solution réglementaire ménagerait mieux leurs intérêts. Elle assurerait en outre un aménagement plus sain et rationnel, conformément à l'intérêt public assigné aux règles sur les distances aux limites dont la recourante, à dessein, ne fait pas état. Cette alternative réglementaire garantirait tout autant la tranquillité publique (réduction des nuisances sonores) que le fumoir litigieux et éviterait également toute fumée passive dans le secteur. Comme le relève à bon droit la recourante, elle n'avait aucune obligation de réaliser le fumoir autorisé à l'issue de la procédure n° xxx9. Cette procédure a toutefois eu le mérite de démontrer que l'implantation du fumoir litigieux en-deçà de la distance à la limite n'était dictée par aucun motif important ou technique. Dès lors, l'intérêt de la recourante à obtenir une dérogation se révèle ténu, pour ne pas dire inexistant, et ne saurait l'emporter sur les intérêts publics précités.

En définitive, le grief s'avère infondé et doit être écarté.

5. La recourante s'en prend ensuite à la proportionnalité de l'ordre de démolition. Elle soutient que la remise en état lui causerait un dommage, conduirait à la perte d'un attrait touristique majeur pour E_____ dans la mesure où l'exploitation de la discothèque dépendrait du maintien du fumoir et impliquerait la résurgence de nuisances sonores pour le voisinage. La dérogation aux règles de construction serait en revanche mineure, puisqu'elle ne contreviendrait pas à un intérêt public ou privé, de sorte que la remise en état s'avérerait disproportionnée.

5.1 Selon la jurisprudence, l'autorité peut renoncer à un ordre de démolition, conformément au principe de la proportionnalité, si les dérogations à la règle sont mineures, si l'intérêt public lésé n'est pas de nature à justifier le dommage que la démolition causerait au maître de l'ouvrage, si celui-ci pouvait de bonne foi se croire autorisé à construire ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit (ATF 132 II 21 consid. 6; 123 II 248 consid. 3a/bb). Celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe plus de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en découlent pour lui (ATF 123 II 248 consid. 4a; 111 Ib 213 consid. 6b

et la jurisprudence citée). Le montant de la remise en état, même important, n'est pas à lui seul décisif (arrêts du Tribunal fédéral 1C_569/2020 du 25 février 2021 consid. 2.5 ; 1C_29/2016 du 18 janvier 2017 consid. 7.2 qui concernait une remise en état pour un montant de l'ordre de 200'000 francs et 1C_136/2009 du 4 novembre 2009 qui concernait une remise en état pour un montant estimé à 300'000 francs).

5.2. En l'occurrence, les dérogations à la règle ne sont pas mineures. Malgré l'inscription de la servitude de non-bâtir au registre foncier, le fumoir ne respecte ni la distance entre bâtiments par rapport à la construction sise sur la parcelle n° xxx3, ni la distance à la limite au droit de la parcelle n° xxx4 (cf. supra consid. 4.2). Contrairement à ce que suggère la recourante, ces violations ne sont pas anodines. Les règles en cause tendent, comme déjà mentionné, non seulement à préserver les intérêts des voisins, mais également à garantir un aménagement sain et rationnel. L'impact du fumoir réalisé au mépris de ces objectifs ne peut être relativisé. Par ailleurs, si la recourante affirme que la remise en état lui causerait « *un dommage* », elle ne prétend pas que ce dernier serait important, voire exorbitant, ni ne prend la peine de le chiffrer. Dès lors, il n'y a pas lieu de retenir que la remise en état impliquerait des dépenses disproportionnées. Cette appréciation est corroborée par le fait qu'il s'agit d'une construction réduite, d'un peu plus de 25 m², correspondant à un investissement initial – partiellement amorti depuis lors – de l'ordre de 20'000 à 30'000 francs. Surtout, la recourante s'était initialement engagée à démolir le fumoir au 31 mai 2011, ce à quoi elle n'aurait naturellement pas consenti si le sacrifice financier envisagé lui était apparu hors de proportion. Dans ce cadre, l'affirmation selon laquelle la démolition du fumoir engendrerait la fermeture de la discothèque et amoindrirait l'attrait touristique de la région n'est en outre pas crédible. En effet, la recourante affirme dans le même temps que la suppression du fumoir porterait atteinte à la tranquillité du voisinage à l'avenir en raison de la présence de fumeurs à l'extérieur de l'établissement, affirmation qui démontre qu'elle poursuivrait l'exploitation de la discothèque même sans fumoir. Comme déjà mentionné, la création d'un fumoir intérieur respectant la réglementation a au surplus déjà été autorisée et rien ne laisse en l'état supposer qu'un nouveau permis ne pourrait être obtenu pour un projet similaire afin de garantir, cas échéant, la survie économique de l'établissement. Ayant elle-même garanti qu'elle démolirait le fumoir autorisé temporairement, la recourante ne peut se prévaloir aujourd'hui de sa bonne foi, mais devait au contraire s'attendre à ce que le Conseil municipal se préoccupe plus de rétablir une situation conforme au droit que de ménager ses intérêts privés dans la mesure où elle n'avait pas respecté son engagement.

Tout bien considéré, c'est sans violer le droit que le Conseil d'Etat a estimé que la démolition du fumoir était proportionnée. La critique s'avère ainsi sans consistance.

6. Dans un dernier grief, la recourante reconnaît que le Conseil municipal a rendu l'ordre de remise en état querellé avant l'échéance du délai décennal de prescription. Elle prétend en revanche qu'en raison de l'effet suspensif dont était assorti son recours administratif, la prescription aurait continué à courir durant la procédure y relative et aurait été acquise avant la reddition de la décision attaquée du 27 octobre 2021.

6.1 En l'absence de disposition légale spécifique, la jurisprudence a retenu que l'obligation de rétablir une situation conforme au droit dans la zone à bâtir se périmé après 30 ans (ATF 147 II 309 consid. 4.1 ; ATF 107 Ia 121). Le délai commence à courir à l'achèvement de la construction ou de la partie de celle-ci non conforme au droit. Les cantons demeurent libres de prévoir un délai plus court (ATF 136 II 359 consid. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_784/2013 précité consid. 5.1), faculté dont le canton du Valais a fait usage. L'art. 57 al. 4 LC dispose en effet que dix ans après le jour où l'état de fait contraire au droit était reconnaissable, la remise en état des lieux ne peut être exigée que si elle est commandée par des intérêts publics impératifs. La prescription absolue est de 20 ans dès l'achèvement des travaux. Il en résulte que le délai de dix ans correspond à une prescription relative (dans le même sens mais sous l'ancien droit, cf. ACDP A1 12 72 du 22 août 2012, étant précisé que l'art. 57 al. 4 LC n'est que la reprise de l'ancien art. 51 al. 5 LC, cf. Message du 23 mars 2016 accompagnant le projet modifiant la loi sur les constructions du 8 février 1996 *in* : Bulletin de séance du Grand Conseil [BSGC], Session ordinaire de juin 2016, p. 1427). Partant, le délai décennal est notamment interrompu à chaque fois que l'illicéité d'une construction est constatée dans le cadre d'une procédure d'autorisation (dans le même sens, arrêt du Tribunal fédéral 1C_784/2013 du 23 juin 2014 consid. 5.4).

6.2 En l'occurrence, le fumoir extérieur a été édifié sans autorisation durant l'année 2009. Cette construction a fait l'objet d'un ordre de remise en état (démolition) le 31 mars 2010 déjà. Le fumoir extérieur a en revanche été fermé et isolé à la fin de l'année 2010, au bénéfice d'une autorisation temporaire valable jusqu'au 31 mai 2011, finalement prolongée jusqu'au 31 mai 2012. De ce fait, ce n'est qu'à compter du 1^{er} juin 2012 que le fumoir – désormais intérieur – est devenu contraire au droit, puisqu'il a été maintenu par la recourante en l'absence de toute autorisation valable à partir de ce jour, alors qu'elle s'était engagée à le démonter. En d'autres termes, la construction est devenue non conforme au droit et reconnaissable comme telle à cette date, à laquelle il convient de fixer le *dies a quo* du délai de prescription de dix ans. Tant l'ordre de remise en état

du Conseil municipal que la décision dont est recours ont par conséquent été rendus avant l'échéance du délai de prescription relative et absolue de dix et respectivement 20 ans. Ces décisions ont de surcroît interrompu le délai de prescription relatif, raison pour laquelle un nouveau délai décennal a commencé à courir à chacune de ces occasions, de sorte que la prescription n'est pas acquise.

Mal fondé, le grief doit être écarté.

7. Au vu des considérants qui précèdent, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).

8. Succombant, la recourante supportera l'émolument de justice qu'il convient de fixer, notamment en application des principes de la couverture de frais et de l'équivalence des prestations, à 1'500 fr., débours inclus (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives [LTar ; RS/VS 173.8]).

La recourante n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*), pas plus que l'Etat du Valais ou le Conseil municipal. Ces derniers, s'ils obtiennent certes gain de cause et ont tous deux conclu à l'allocation de dépens, ne précisent pas les motifs justifiant cas échéant de s'écarter de la règle générale du refus inscrite à l'article 91 al. 3 LPJA (RVJ 2000 p. 49 s. consid. 6c ; ACDP A1 20 25 du 6 juillet 2020 consid. 7.a).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 1'500 fr., sont mis à la charge de X_____.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître Béatrice Stahel, avocate, pour X_____, au Conseil d'Etat et à l'Administration communale de Y_____.

Sion, le 12 août 2022