

🗨️, 📖, ⚖️ : que pensent les tribunaux des émojis, émoticônes et autres pictogrammes?

Laurence Bich-Carrière

Volume 64, Number 1, September 2018

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067517ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1067517ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bich-Carrière, L. (2018). 🗨️, 📖, ⚖️ : que pensent les tribunaux des émojis, émoticônes et autres pictogrammes? *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 64(1), 43–108. <https://doi.org/10.7202/1067517ar>

Article abstract

How does the law deal with emojis, emoticons, and other digital pictograms that are intended to clarify or nuance a written text devoid of communicative tools like tone, facial expressions or gestures? Drawing on the fields of linguistics, semiology, communication theory and cultural studies, this article undertakes an empirical study of Canadian cases in order to shed light on the various ways in which emojis are conceived (notably from the point of view of international computing norms) and perceived. The article then analyzes the consequences of these findings for the law, particularly in the areas of procedural law, evidence, and legal research methodology.

 : QUE PENSENT LES TRIBUNAUX DES ÉMOJIS, ÉMOTICÔNES ET AUTRES PICTOGRAMMES?*

*Laurence Bich-Carrière***

Comment le droit traite-t-il les émojis, les émoticônes et autres pictogrammes numériques destinés à clarifier ou nuancer un texte écrit, dénué de ces aides à la communication que sont le ton, les expressions faciales ou la gestuelle? À travers une étude empirique de la jurisprudence canadienne, mais puisant aussi à la linguistique, la sémiologie, la théorie de la communication ou les études culturelles, le présent article vise à mettre en lumière certains biais de conception (notamment sur le plan des normes informatiques internationales) et de perception liés aux émojis et à analyser leur incidence sur le droit, particulièrement le droit judiciaire, le droit de la preuve et la méthodologie de la recherche juridique.

How does the law deal with emojis, emoticons, and other digital pictograms that are intended to clarify or nuance a written text devoid of communicative tools like tone, facial expressions or gestures? Drawing on the fields of linguistics, semiology, communication theory and cultural studies, this article undertakes an empirical study of Canadian cases in order to shed light on the various ways in which emojis are conceived (notably from the point of view of international computing norms) and perceived. The article then analyzes the consequences of these findings for the law, particularly in the areas of procedural law, evidence, and legal research methodology.

* L'article a été primé dans l'édition 2019 du concours juridique de la Fondation du Barreau du Québec, catégorie « manuscrit ».

** L'auteure est avocate chez Lavery, de Billy, SENCRL, membre des barreaux de l'Ontario (2011) et du Québec (2009); LLM (Cantab.) 2009; BCL, LLB (McGill) 2008. L'auteure tient à remercier le Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé du Québec (dont l'invitation à participer au 12^e Institut d'été de jurilinguistique, intitulé « Coder/décoder : linguistique et concepts juridiques », a été l'occasion de lancer la présente recherche) ainsi que ses principaux interlocuteurs électroniques (qui lui ont permis de la poursuivre, respectivement depuis leurs systèmes d'opération Apple avec iOS 6.0, iOS 10 et iOS 11.3, BlackBerry OS, LG Nexus et Samsung Experience 9.0, Microsoft Windows 8.1). La recherche est à jour et les hyperliens fonctionnels au 1^{er} juillet 2018. Sauf indication contraire, toutes les images d'émojis sont tirés du répertoire d'Apple iOS 11.3, et les soulignements sont nôtres.

Introduction	45
I. Définition, origine et nature	47
<i>A. L'émoicône : le degré second de l'écriture</i>	47
<i>B. Le kaomoji : à l'Est, rien de nouveau?</i>	51
<i>C. L'émoji : des images sans paroles</i>	53
1. Origine	53
2. Unicode : une pierre de rosette informatique	54
3. L'émoji universel	56
4. Le compte est bon	59
II. Le bassin de décisions à l'étude	60
<i>A. Présentation des clés de recherche</i>	60
<i>B. Difficulté de l'échantillon</i>	62
<i>C. Répartition des décisions</i>	64
III. Analyse : Que faire avec la pièce P- ☺?	67
<i>A. Difficultés proprement judiciaires</i>	67
1. Admissibilité en preuve	67
2. La présentation de la preuve	71
3. La représentation par le juge	72
<i>B. Difficultés d'interprétation</i>	75
1. Difficultés techniques : les défis de l'interopérabilité	75
2. Difficultés sémantiques : les défis du sabir	83
<i>a. Difficultés graphiques</i>	84
i. Visuel incertain	84
ii. Petite taille	84
iii. Polysémie	85
iv. Controverses et détournements	87
<i>b. Difficultés interculturelles et interlinguistiques</i>	90
<i>c. Jargons et sous-cultures</i>	93
<i>d. Difficultés grammaticales</i>	96
3. Interpréter	98
Conclusion	105

Q: How do you rank yourself among writers (living) and of the immediate past?

Nabokov: I often think there should exist a special typographical sign for a smile—some sort of concave mark, a supine round bracket, which I would now like to trace in reply to your question.

Réponse de Vladimir Nabokov à un questionnaire d'entrevue d'Alden Whitman pour le New York Times (19 avril 1969)¹.

Introduction

[1] Comment traduire un sourire entendu, un haussement d'épaules, un roulement d'yeux? Pour élaborée que puisse être une langue, les mots ne suffisent pas toujours à transmettre l'exact fond de sa pensée et la recherche est unanime à souligner l'importance, pour une communication claire, du langage non verbal : changements de ton, postures, mimiques, gestuelle, kinèmes². Et si le langage écrit, réfléchi, permet d'atteindre un grand degré de précision, il a ce désavantage sur le discours oral d'être dénué de ces expressions, limité au seul texte, en ce sens, purement fonctionnel³.

-
- ¹ Vladimir Nabokov, *Strong Opinions*, New York, Vintage International, 1990 aux pp 133–34. Cette réponse n'est pas reprise dans l'entrevue elle-même (voir *ibid* à la p 131). On fera remarquer que l'on proposait, depuis le XIX^e siècle, des signes de ponctuation alternatifs ou non standards tels la virgule d'exclamation, le point d'ironie ou le point d'exclamation (voir Laurent Carrière, « Du point-virgule et du droit des marques » (2015) 27:3 CPI 971 à la p 989, n 77; Keith Houston, *Shady Characters: The Secret Life of Punctuation, Symbols & Other Typographical Marks*, New York, WW Norton & Company, 2013).
 - ² L'étude classique d'Albert Mehrabian, largement nuancée depuis, posait que 55 % de la communication se fait par le langage corporel, 38 % par le ton de voix, laissant un maigre 7 % aux mots (*Nonverbal Communication*, New Brunswick (É-U), AldineTransaction, 1972 à la p 108). Pour sa part, Ray L Birdwhistell, anthropologue à qui l'on doit la kinésie, c'est-à-dire l'étude des mouvements humains comme motifs culturels de communication, et le terme « kinème », estime que l'apport des mots varie entre 30 et 35 % (*Kinesics and Context: Essays on Body Motion Communication*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1970 à la p 158).
 - ³ Voir Daantje Derks, Agneta H Fischer et Arjan ER Bos, « The Role of Emotion in Computer-Mediated Communication: A Review » (2008) 24 *Computers in Human Behavior* 766 aux pp 776–77; Maria Kingsbury, « How to Smile When They Can't See Your Face: Rhetorical Listening Strategies for IM and SMS Reference » (2015) 5:1 *Intl J Digital Library Systems* 31. Voir aussi Richard L Daft et Robert H Lengel, « Organizational Information Requirements, Media Richness and Structural Design » (1986) 32:5 *Management Science* 554 à la p 560, qui présentent la notion de « richesse médiatique », c'est-à-dire la quantité et la qualité de l'information qu'un média permet de transmettre dans un laps de temps donné : le texte est ainsi moins riche que le dialogue car il n'offre aucun indice visuel ou tonal.

[2] La question de savoir si le langage écrit ne se trouverait pas rehaussé ou enrichi de quelques signes dénotant l'intention ou les sentiments du locuteur a sporadiquement amusé des écrivains, Nabokov, mais aussi Bierce⁴ ou Bazin⁵. Ils seraient sans doute stupéfaits aujourd'hui par la prolifération et la variété des « signes d'intention »⁶ dans le discours moderne⁷. Car voilà en effet, qu'émojis, émoticônes, binettes, frimousses, smileys, kaomojis, *stickers* et autres pictogrammes numériques habitent désormais toutes les communications électroniques, courriels, messagerie instantanée, clavardage, débordant même parfois dans le monde tangible, panneaux-réclames ou marchandise à l'appui. Leur omniprésence a suscité l'intérêt des chercheurs, tous domaines confondus : linguistique, sémiotique, communication, psychologie, études culturelles, informatique.

[3] Partie intégrante du discours moderne, cultures, langues et plateformes confondues⁸, cette « ponctuation émotionnelle »⁹ se trouve néces-

⁴ Ambrose Bierce, « For Brevity and Clarity » dans *The Collected Works of Ambrose Bierce*, vol 11, New York, Neale, 1912, 385 aux pp 386–87 :

While reforming the language I crave leave to introduce an improvement in punctuation—the snigger point, or note of cachinnation. It is written thus ∪ and represents, as nearly as may be, a smiling mouth. It is to be appended, with the full stop, to every jocular or ironical sentence; or, without the stop, to every jocular or ironical clause of a sentence otherwise serious—thus: “Mr. Edward Bok is the noblest work of God ∪.”

Voir généralement Houston, *supra* note 1 aux pp 211 et s.

- ⁵ Dans *Plumons l'oiseau*, Hervé Bazin propose la création de six « points d'intonation » : le point d'amour, le point de conviction, le point d'ironie, le point d'autorité, le point d'acclamation et le point de doute (Paris, Bernard Grasset, 1966 aux pp 141–43).
- ⁶ Voir Eli Dresner et Susan C Herring, « Functions of the Nonverbal in CMC: Emoticons and Illocutionary Force » (2010) 20 *Communication Theory* 249.
- ⁷ Voir Marshall McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962.
- ⁸ Pour les variations interculturelles, voir Barry Kavanagh, *A Contrastive Analysis of American and Japanese Online Communication: A Study of UMC Function and Usage in Popular Personal Weblogs*, thèse de doctorat en culture internationale, Tohoku University, 2015 [non publiée], en ligne : *Japanese Institutional Repositories Online* <jairo.nii.ac.jp/en> [perma.cc/G5ZX-5TNA]; Petra Kralj Novak et al, « Sentiment of Emojis » (2015) 10 *PLoS ONE* 1 aux pp 11–12. Pour les variations liées au sexe, voir Zhenpeng Chen et al, « Through a Gender Lens: Learning Usage Patterns of Emojis from Large-Scale Android Users » dans *Proceedings of the World Wide Web Conference 2018, tenue du 23 au 27 avril 2018 à Lyon*, Creative Commons Attribution 4.0 International, 2018, 763; Alecia Wolf, « Emotional Expression Online: Gender Differences in Emoticon Use » (2000) 3:5 *CyberPsychology & Behaviour* 827. Pour les variations liées à la plateforme, voir Garreth W Tigwell et David R Flatla, « “Oh that’s what you meant!”: Reducing Emoji Misunderstanding » dans *MobileHCI '16. 18th International Conference on Human-Computer Interaction with Mobile Devices and Services, tenue du 6 au 9 septembre 2016 à Florence* [non publié], en ligne : *ACM Digital Library* <dl.acm.org> [perma.cc/9LR4-JQMP]; Sabrina Chairunnisa et Benedictus AS, « Analysis of Emoji and

sairement à percoler dans le discours de qui accède à la justice. Pour omniprésents qu'ils puissent être dans la preuve, ces « signes d'intention » ne semblent pas avoir suscité auprès des juristes le même intérêt que pour les chercheurs en linguistique, en psychologie, en informatique, en études culturelles ou en sciences de la communication. Le présent article cherche donc à apporter une perspective juridique, voire judiciaire, au corpus grandissant qui traite du sujet. Concrètement, nous avons cherché à connaître le traitement que les tribunaux canadiens accordent au phénomène, tous ordres et toutes langues confondus. À cette fin, nous avons passé en revue les principales banques de jurisprudence canadiennes, en dégagant un bassin qui, après une mise en contexte des termes et notions en présence, notamment quant à leur fonctionnement sur le plan informatique (partie I), sera présenté (partie II); on s'interrogera ensuite sur la manière dont les émojis et les émoticônes passent du discours du justiciable à la preuve au procès, et de là au jugement (partie III).

I. Définition, origine et nature¹⁰

A. L'émoticône : le degré second de l'écriture

[4] L'émoticône est une suite de caractères typographiques employée dans les messages électroniques pour traduire l'état d'esprit de l'expéditeur¹¹. Elle prend généralement la forme d'un visage stylisé, à lire sur le côté¹².

Emoticon Usage in Interpersonal Communication of Blackberry Messenger and WhatsApp Application User » (2017) 4:2 Intl J Soc Sciences & Management 120; Hannah Miller et al, « “Blissfully Happy” or “Ready to Fight”: Varying Interpretations of Emoji » dans *Proceedings of the Tenth International Conference on the Web and Social Media, tenue du 17 au 20 mai 2016 à Cologne, Palo Alto (Cal)*, AAAI Press, 2016, 259, en ligne : *Association for the Advancement of Artificial Intelligence* <www.aaai.org> [perma.cc/NRH5-Z7ZW]; Célia Schneebeli, « The Interplay of Emoji, Emoticons, and Verbal Modalities in CMC: A Case Study of YouTube Comments » dans *Visualizing (in) the New Media, tenue le 9 novembre 2017 à l'Université de Neuchâtel* [non publié], en ligne : <hal.archives-ouvertes.fr> [perma.cc/QJH9-JBRP].

⁹ Nick Stockton, « Emoji—Trendy Slang or a Whole New Language? », *Wired* (24 juin 2015), en ligne : <www.wired.com> [perma.cc/LX66-9222]. Les instances disciplinaires du Barreau de la Colombie-Britannique ont déjà qualifié le mot « fuck » de « ponctuation émotionnelle » (voir *Re Johnson*, 2016 LSBC 20 au para 56).

¹⁰ Pour une bonne vulgarisation, voir Alex Hern, « Don't Know the Difference Between Emoji and Emoticons? Let Me Explain », *The Guardian* (6 février 2015), en ligne : <www.theguardian.com> [perma.cc/8WRF-NZMK]; Miller et al, *supra* note 8 à la p 260.

¹¹ Une décision canadienne les définit, dans une remarque incidente, comme « symbols with faces displaying an emotion » (*R v Tresierra*, 2006 BCSC 1013 au para 36). Plusieurs décisions américaines reprennent la définition proposée par le dictionnaire Merriam-Webster (voir *United States v Cochran*, 534 F (3d) 631 (7^e Cir 2008) à la p 632, n 1;

[5] Inventée ou évoquée à quelques reprises dans l’histoire de la typographie¹³, l’émoticône, dans sa version moderne, est attribuée au professeur Scott Fahlman de l’Université Carnegie Mellon. Le 19 septembre 1982, à 11 h 44, il s’adresse ainsi à ses collègues sur le forum du département des sciences informatiques¹⁴ :

19-Sep-82 11:44 Scott E Fahlman :-)

From: Scott E Fahlman <Fahlman at Cmu-20c>

I propose that the following character sequence for joke markers:

:-)

Read it sideways. Actually, it is probably more economical to mark things that are NOT jokes, given current trends. For this, use

:-(

[6] Et de là naissent diverses combinaisons de caractères, pour illustrer des émotions aussi diverses :

:)	:D	:(8)	:S	:p
content	très content	triste	cool	embarrassé	facétieux

Wisconsin v Jacques, 2011 WI App 58, 332 Wis (2d) 804, n 2; *United States v Shinn*, 681 F (3d) 924 (8^e Cir 2012) à la p 927, n 4).

¹² Faut-il le prendre de travers?

¹³ On trouve ainsi quatre personnages typographiés —  — dans un numéro de l’hebdomadaire satirique *Puck* de 1881 (« Typographical Art », *Puck* 9:212 (30 mars 1881) 65). Vers 1972, des utilisateurs du système Plato produisent des visages pixelisés en surimprimant plusieurs lettres :  (voir Brian Dear, *The Friendly Orange Glow: The Untold Story of the PLATO System and the Dawn of Cyberculture*, New York, Pantheon Books, 2017 aux pp 270, 338–39). Sur les parallèles linguistiques entre les hiéroglyphes, les rébus et les émojis, voir Hamza Alshenqeeti, « Are Emojis Creating a New or Old Visual Language for New Generations? A Socio-semiotic Study » (2016) 7:6 *Advances in Language and Literary Studies* 56 aux pp 58 et s.

¹⁴ Voir Scott E Fahlman, « Smiley Lore :-) » (2002), en ligne : *Carnegie Mellon University* <www.cs.cmu.edu> [perma.cc/QCQ8-D7YP]; « Original Bboard [sic] Thread in Which :-) was Proposed » (19 septembre 1982), en ligne *Carnegie Mellon University* <www.cs.cmu.edu> [perma.cc/K8BJ-YQDZ].

[7] Le terme *emoticon*, une contraction de « *emotion* » et de « *icon* », ce dernier terme étant compris au sens de « signe qui ressemble à ce qu'il désigne, à son référent »¹⁵, fera son apparition quelques années plus tard dans le lexique des utilisateurs et ultérieurement, dans les dictionnaires¹⁶. Le mot paraît plus polyvalent que « *smiley* », souvent donné pour synonyme, qui présente le double inconvénient de ne pas être limité à une réalité informatique — puisqu'il peut s'employer au sujet d'un dessin manuscrit ou d'un ornement graphique¹⁷ — et de ne pas refléter la gamme des émotions — ou, plus justement, des intentions¹⁸ — que les utilisateurs peuvent chercher à rendre, qui ne sont pas nécessairement de la nature du sourire. Et d'ailleurs, bien que les combinaisons typographiques représentent en grande majorité des visages, elles n'y sont nullement restreintes : on peut ainsi envoyer des cœurs <3, offrir des roses numériques ~<~<~@, voire aller à la pêche <*)><.

[8] En français, l'Office québécois de la langue française propose, dès 1995, « binette » pour traduire « *emoticon* », plutôt que « souriant » ou

¹⁵ Et non au sens du pictogramme de la micro-informatique (Alain Rey et Josette Rey-Debove, dir, *Le Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert – SEJER, 2018, *sub verbo* « icône »). En ce sens, en français, « icône » est un terme spécialisé de linguistique et de sémiologie ou de l'art religieux (voir *Trésor de la langue française informatisé*, *sub verbo* « icône », en ligne : *Analyse et traitement informatique de la langue française* <atilf.atilf.fr> [perma.cc/LU7K-NU22]). En anglais, l'acception est plus largement usitée (voir, au *Merriam-Webster*, *sub verbo* « icon », en ligne : *Merriam-Webster* <www.merriam-webster.com> [https://perma.cc/YVA6-3MP9], « a usually pictorial representation » ou simplement « a sign (such as a word or graphic symbol) whose form suggests its meaning ») et c'est par l'anglais que vient l'icône informatique, nécessairement une image, qui explique que l'on puisse justifier l'emploi du terme « émoticône » pour qualifier aussi les émojis... Par souci de clarté, nous marquons une distinction stricte entre l'émoticône (la combinaison de signes typographiques) et l'émoji (le pictogramme).

¹⁶ Le mot figure à l'édition imprimée du *Oxford English Dictionary* depuis juin 2001 : « *emoticon*, *n.*, computing. A representation of a facial expression formed by a short sequence of keyboard characters (usually to be viewed sideways) and used in electronic mail, etc., to convey the sender's feelings or intended tone ». L'entrée recense un premier usage dès 1988.

¹⁷ En 1963, la State Mutual Life Assurance of Worcester commande au graphiste Harvey Ball un symbole pour une campagne visant à améliorer le moral de ses employés. Ball dessine un visage souriant sur un macaron en métal jaune, donnant ainsi naissance, selon certains historiens du graphisme, à la version moderne du « bonhomme sourire » classique (Jimmy Stamp, « Who Really Invented the Smiley Face? », *Smithsonian* (13 mars 2013), en ligne : <www.smithsonianmag.com> [perma.cc/U96K-KBN6]; Luke Stark et Kate Crawford, « The Conservatism of Emoji: Work, Affect and Communication » (2015) *Soc Media + Soc* 1 à la p 2).

¹⁸ Sur la distinction, voir Dresner et Herring, *supra* note 6.

« souriard », qui présentent les mêmes inconvénients que « smiley »¹⁹. Un peu plus tard, ce qui est aujourd’hui la Commission d’enrichissement de la langue française préférera « frimousse » au mot « trombine » utilisé par certains internautes francophones²⁰. Dans ces deux cas encore, on a puisé dans le registre familier ou populaire un synonyme à « visage », bien que les émoticônes ne s’y limitent pas²¹. Quoi qu’il en soit, en pratique, la francisation de l’*emoticon* passe rapidement dans l’usage : « émoticône », nom féminin et avec accent circonflexe, autant qu’« émoticone », nom masculin et sans accent, figurent au Petit Robert depuis 2002²² et au Grand Dictionnaire terminologique de l’Office québécois de la langue française depuis 2018²³. Le Larousse en ligne, pour sa part, donne un « émoticon », nom masculin et sans « e » final, comme synonyme à « smiley »²⁴.

[9] Si le mot se répand, c’est que l’usage en va croissant. Les variations sont nombreuses du « morphème »²⁵, depuis les bonshommes souriants et dépités d’origine, eux-mêmes rendus de diverses manières : avec un petit

¹⁹ Voir *Banque de terminologie du Québec*, *sub verbo* « smiley/binette », en ligne : *Office québécois de la langue française* <www.oqlf.gouv.qc.ca> [perma.cc/VA3E-9XCQ].

²⁰ Voir France, Commission générale de terminologie et de néologie, *Liste des termes, expressions et définitions adoptés : Vocabulaire de l’informatique et de l’internet*, JO n°78 (16 mars 1999) à la p 3907; France (Ministère de la Culture), *Banque FranceTerme*, 2018, *sub verbo* « frimousse », en ligne : <www.culture.fr/franceterme> [perma.cc/M6ZL-U2JY].

²¹ Pour une explication sobre et complète, voir « Donner un visage français aux smileys » (juin 2005), en ligne : *Druide informatique* <www.druide.com> [perma.cc/9UDX-3RE8].

²² Alain Rey et Josette Rey-Debove, dir, *Le Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert – SEJER, 2018, *sub verbo* « émoticone » : « n.m. – 1996, anglais *emoticon* (1990), de *emoti(on)* et *icon*. ANGLIC. Suite de caractères alphanumériques utilisée dans un message électronique pour former un visage stylisé exprimant une émotion, représentant un trait physique, une action, un personnage... [...] On trouve aussi *émoticône*, n.f. [...] Reconn. offic. *frimousse*. »

²³ *Banque de terminologie du Québec*, 2018, *sub verbo* « émoticône », en ligne : *Office québécois de la langue française* <www.granddictionnaire.com> [perma.cc/WFL3-6TDB] : « L’emprunt intégral adapté *émoticône* et sa variante graphique *émoticone*, attestés en français depuis le début des années 1990, sont acceptables parce qu’ils s’inscrivent dans la norme sociolinguistique du français au Québec et ailleurs en francophonie. »

²⁴ Carine Girac-Marinier, dir, *Le Petit Larousse 2019*, Paris, Larousse, 2018, *sub verbo* « émoticône » : « n.f. (de *émotion* et *icône*). INFORM. Dans un message électronique, représentation typographique (par combinaison de caractères) ou graphique (image fixe ou animée) figurant une émotion → L’émoticône la plus connue est celle symbolisant un sourire. (→ *Smiley*). » Sur l’hésitation entre le féminin et le masculin, voir « Un icône? Un icône? Une icône? Une icône? » (septembre 2001), en ligne : *Druide informatique* <www.druide.com/fr> [perma.cc/3QZX-9B2E].

²⁵ Elizabeth Kirley et Marilyn McMahon, « The Emoji Factor: Humanizing the Emerging Law of Digital Speech » (2018) 85:2 *Tenn L Rev* 517 à la p 524.

nez :-), un nez pointu :^) ou sans nez :)²⁶, avec des yeux plus =) ou moins :) longs, avec des variations pour gaucher (: et divers chapeaux : casquettes q:), bonnets d'âne <:(, chapeaux de fête *<:) , auréoles 0:) ; on encourage *\0/*; on transmet aussi des fleurs, @>->-, des cœurs <3, on les brise </3.

[10] Certaines plateformes se mettent à convertir automatiquement les plus célèbres séquences typographiques en pictogrammes afin d'en faciliter la lecture. Le deux-points suivi de la parenthèse fermante devient ainsi ☺, ouvrante, ☻, et le chevron simple suivi du chiffre trois est transformé en ♥. Des messageries instantanées comme ICQ, MSN Messenger ou Yahoo! Messenger, qui ne communiquent pas entre elles, offrent des menus pour permettre aux utilisateurs d'augmenter, voire de remplacer, leur propos par des pictogrammes, principalement des visages, mais également des arcs-en-ciel, des bonshommes de neige, des étoiles, etc. Cette conversion et ces menus expliquent une certaine polysémie autour du mot « émoticône » : si, au sens strict, il s'agit d'une combinaison de signes typographiques, disponibles depuis un clavier d'ordinateur ordinaire, ces conversions automatiques ont pour résultat de les transformer en pictogrammes, c'est-à-dire en une image unique, ce que sont par définition les émojis, dont il sera question un peu plus loin (section C, ci-dessous).

B. Le kaomōji : à l'Est, rien de nouveau?

[11] Un phénomène similaire à celui des émoticônes se développe, en parallèle et en silo, dans les cyberforums japonais : le *kaomōji*, de « kao » (顔, « visage ») et « mōji » (文字, « lettre-marque » ou « caractère »). Le visage souriant y est représenté (^_^), mais les séquences peuvent être beaucoup plus complexes, (/●▽●)/ ou (ㄟㄣㄟ) ou _(ツ)_/̄. Émergeant dans la deuxième moitié des années 1980, ces frimousses nipponnes sont d'abord utilisées dans les signatures, mais leur usage se répand rapidement au corps de texte et en général, à travers JUNET, le réseau des universités japonaises²⁷.

²⁶ Sur cette question précise de l'utilisation des nez, voir Tyler Schnoebelen, « Do You Smile with Your Nose? Stylistic Variation in Twitter Emoticon » (2012) 18:2 U *Pennsylvania Working Papers in Linguistics* 117, en ligne (pdf) : *University of Pennsylvania Libraries* <repository.upenn.edu> [perma.cc/3UWP-B5B5]; Dirk Hovy, Anders Johansen et Anders Søgaard, « User Review Sites as a Resource for Large-Scale Sociolinguistic Studies » dans *Actes de la 24^e conférence internationale sur le World Wide Web tenue à Florence*, 18-22 mai 2015, International World Wide Web Conferences Steering Committee, 2015, 452 à la p 456, en ligne (pdf) : <www.www2015.it> [perma.cc/NCA7-HBB7].

²⁷ Voir Kavanagh, *supra* note 8 à la p 42. L'une des premières utilisations répertoriées se trouverait dans un billet du 20 juin 1986 d'ASCII Net, en ligne : <staff.aist.go.jp> [perma.cc/RKE4-8MYX].

[12] Comme les émoticônes, il s'agit de séquences de caractères typographiques destinées, en principe — c'est-à-dire lorsqu'elles ne sont pas purement décoratives —, à dissiper l'ambiguïté d'un message écrit. Au-delà de la complexité graphique que permet l'utilisation des caractères asiatiques à deux bits, les principales différences résident dans le sens de lecture — il faut généralement pencher la tête pour saisir une émoticône, ce qui n'est pas le cas pour le kaomoji — et dans le fait que, alors que l'émotion de l'émoticône passe d'abord par la bouche, le kaomoji, lui, met d'abord l'accent sur les yeux, reflet du style manga/animé²⁸. Autrement dit, en Occident, on sourit :) et on pleure :(et c'est la parenthèse-bouche qui chavire, alors qu'en Orient, on sourit ^^ et on pleure T_T, la bouche est identique, ce sont les yeux qui changent.

Émoticône	Bande dessinée franco-belge	Kaomoji	Manga/Animé japonais
La joie			
:)		^ _ ^	
La tristesse			
:'(	T_T	

²⁸ Voir Masaki Yuki, William W Maddux et Takahiko Masuda, « Are the windows to the soul the same in the East and West? Cultural differences in using the eyes and mouth as cues to recognize emotions in Japan and the United States » (2007) 43:2 J Experimental Soc Psychology 303. Voir aussi Alice Leber-Cook et Roy T Cook, « Stigmatization, Multimodality and Metaphor: Comics in the Adult English as a Second Language Classroom » dans Carrye Kay Syma et Robert G Weiner, dir, *Graphic Novels and Comics in the Classroom: Essays on the Educational Power of Comics*, Jefferson (NC), McFarland & Company, 2013, 23 à la p 31.

²⁹ Hergé, *Les aventures de Tintin*, t 20 : *Tintin au Tibet* (1960), Bruxelles, Casterman, 2007, page couverture.

³⁰ *Ibid* à la p 35.

[13] Mais il se trame au Japon une révolution qui supplantera bientôt les émoticônes et même les kaomojis : celle des émojis³¹.

C. *L'émoji : des images sans paroles*

[14] L'émoji est un pictogramme employé dans un message électronique pour traduire l'état d'esprit de son auteur ou exprimer une idée ou un concept plus rapidement. Le terme est emprunté directement du japonais *emoji*, *e* (絵, « image ») et *moji* (文字, « lettre-marque » ou « caractère »)³². La ressemblance phonétique avec « émoticône » est donc une coïncidence.

1. Origine

[15] Les émojis sont nés au Japon à la fin des années 1990. Leur paternité est largement attribuée au designer d'interface Shigetaka Kurita, employé du laboratoire de recherche de l'opérateur de téléphonie mobile NTT DoCoMo³³. Kurita cherche un moyen de faciliter les communications entre des utilisateurs dont l'écran, de téléphone ou de téléavertisseur, ne peut afficher plus de 48 caractères. Inspiré par les pictogrammes des prévisions météorologiques — soleil, nuage, parapluie — et de la signalisation routière — banque, hôtel, guichet automatique, bureau de poste, avion, coiffeur —, par certaines représentations communes à l'univers manga et par les visages de ses collègues, il met au point une palette de 176 émojis en six couleurs, d'une résolution de 12 pixels², qui est intégrée à la plateforme cellulaire en 1999³⁴.

³¹ En japonais, les noms communs sont invariables. Le pluriel de « emoji » y est donc « emoji ». Si l'on traite le mot « emoji » comme un mot étranger, il y a lieu de respecter le pluriel étranger mais d'employer l'italique (des *emoji*); si le mot doit être considéré comme un terme français, il faut accentuer et préférer un pluriel français (des émojis). Considérant leur nombre, la marque du pluriel ne peut pas nuire, aussi choisissons-nous la graphie francisée.

³² Étymologiquement, il s'agit littéralement d'un pictographe. Les néologistes les plus francophones auraient pu imaginer « imagimot ».

³³ Lui-même se présente comme tel : voir Mamiko Nakano, « Why and How I Created Emoji: Interview with Shigetaka Kurita », traduit par Mitsuyo Inaba Lee (15 mars 2015), en ligne : Ignition <ignition.co> [perma.cc/NLB8-46J8]. Cependant, certains ont remarqué la présence de pictogrammes correspondant à la définition d'émoji dans des manuels d'instruction anonymes d'autres compagnies de téléphonie cellulaire (voir Jeremy Burge, « Correcting the Record on the First Emoji Set » (8 mars 2019), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org> [perma.cc/93TZ-HPYJ])

³⁴ Cette première palette a été intronisée, le 26 octobre 2016, dans la collection permanente du MoMA à New York (voir Paul Galloway, « The Original NTT DOCOMO Emoji Set Has Been Added to The Museum of Modern Art's Collection » (26 octobre 2015), en ligne : *MoMA* <stories.moma.org> [perma.cc/XZ5S-NN3L]).

[16] L'idée d'une « palette de raccourcis communicationnels » est vite adoptée par les trois autres grands opérateurs nippons de l'époque, KDDI au, Mobile et SoftBank. Les codages toutefois, ne sont pas compatibles entre eux, de sorte que les émojis des utilisateurs d'appareils Softbank ne s'affichent pas chez ceux de DoCoMo, par exemple.

[17] Ce problème n'est pas nouveau. En fait, la question de l'interopérabilité — c'est-à-dire, la capacité que possède un système, en l'occurrence, des interfaces informatiques, à fonctionner avec d'autres, existants ou futurs, sans restriction d'accès ou de mise en œuvre³⁵ — a préoccupé les programmeurs dès les années 1980. Comment s'assurer que la lettre « z » ou l'idéogramme « 人 » entrés à un endroit de la planète s'affichent comme un « z » ou un « 人 » sur l'appareil destinataire, où qu'il se trouve et quel que soit son système d'opération³⁶?

[18] C'est ici qu'il convient d'aborder le système Unicode.

2. Unicode : une pierre de rosette informatique

Unicode provides a unique number for every character, no matter what the platform, no matter what the program, no matter what the language.

Credo du consortium Unicode (1991)³⁷

[19] À proprement parler, les ordinateurs ne comprennent pas les mots, seulement les chiffres. Toute lettre que l'on tape doit donc être « cassée » en petites composantes, les octets, transmises à un autre ordinateur qui doit les reconstituer pour restituer l'information, en l'occurrence, la lettre. Résumé de manière grossière, les ordinateurs sont d'immenses interrupteurs, 1 ou 0, 1 ou 0, et toute l'information qui transite est réduite à cette expression binaire de courant qui passe ou ne passe pas. La transmission numérique suppose la décomposition de l'information en chiffres, la transmission de ces chiffres et, on l'espère, la recombinaison de la séquence à l'exact inverse de la décomposition. *Codage, décodage*. Cela ne fonctionne évidemment que si l'appareil destinataire parle le même langage que l'ordinateur destinataire. Un caractère « incompris » par l'ordinateur d'arrivée est généralement remplacé par un caractère gé-

³⁵ Voir Groupe de travail sur l'interopérabilité, « Définitions » (30 janvier 2015), en ligne : *Association Francophone des Utilisateurs de Logiciels Libres* <aful.org> [perma.cc/23K6-73MB].

³⁶ La question *des* polices de caractère n'est pas abordée ici. Voir toutefois Charles Bigelow et Kris Holmes, « The Design of a Unicode Font » (1993) 6:3 *Electronic Publishing* 289.

³⁷ « What is Unicode? » (dernière modification le 24 septembre 2017), en ligne : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/MQS3-Z5HD].

nérique d'incompatibilité, par exemple, un rectangle vide (□) ou une boîte avec un point d'interrogation (❓).

[20] C'est en réponse à ces préoccupations que naît le consortium Unicode, produit d'efforts amorcés dès 1987 par des informaticiens chez Xerox, rejoints dans leurs efforts par ceux d'Apple en 1988, de Sun Microsystems en 1989, de Microsoft en 1990 et par la majorité des développeurs depuis³⁸. Le consortium Unicode est un organisme sans but lucratif international dont l'objectif est d'administrer le standard Unicode, un standard informatique d'encodage de caractères à vocation universelle qui permet des échanges de textes dans différentes langues, quel que soit l'alphabet et quel que soit l'appareil, la plateforme ou le logiciel³⁹. Pour ce faire, à chaque caractère est attribué un identifiant alphanumérique unique, le codet (parfois aussi « point de code » et « *code point* » en anglais), accompagné de sa description. Par exemple, la lettre « z », décrite comme « latin small letter Z », correspond au codet U+007A. Notons également que certains codes permettent de modifier une lettre donnée. Par exemple, si la lettre « ž », décrite comme « latin small letter z with caron », correspond au codet U+017E, elle peut également être encodée comme une combinaison de « z » et de « ˇ » (désignée « combining caron » et codée U+030C).

[21] L'interface du destinataire bénéficie d'une certaine marge de manœuvre dans le rendu (les polices peuvent différer, par exemple), mais il doit toujours s'agir de la lettre « z » (qui peut être autant un zigzag, avec ou sans empattement, avec ou sans barre au milieu de la diagonale, que la représentation plus proche de l'écriture manuscrite avec sa boucle qui descend sous la ligne de pied). Autrement dit, il existe une ligne directrice de base, donnée par l'organisation internationale, et chacun des systèmes d'opération est libre de choisir le rendu⁴⁰.

[22] Le premier standard Unicode est publié en 1991 et couvre, notamment, les alphabets arabe, arménien, brahmanique, cyrillique, grec, hébreu, hiragana, latin, nagari, thaï et tibétain, mais également certains picto-

³⁸ Voir « History of Unicode: Summary Narrative » (dernière modification le 31 août 2006), en ligne : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/LAB5-EP3N].

³⁹ Voir « What is Unicode? », *supra* note 37.

⁴⁰ Il est également libre de choisir la manière dont l'émoji sera décrit dans les fonctions d'accessibilité et libre de choisir les traductions de ces descriptions, si elles sont disponibles. Ce que le consortium Unicode par exemple, décrit comme « 🏆 U+1F624 face with look of triumph » est « énoncé » par la version française d'Apple iOS 6 comme un « visage fâché » (pour une explication, voir au para 114, ci-dessous). L'Unicode fournit par ailleurs certaines traductions des descriptions, mais elles ne sont pas uniformes et elles évoluent : ce même émoji était traduit par « fier » en janvier 2016 mais par « visage avec fumée sortant des narines » en juin 2018 (voir « Full Emoji List, v11.0 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Unicode* <unicode.org/emoji/charts/full-emoji-list.html>). Nous utiliserons pour cette raison les descriptifs officiels anglais.

grammes, comme les symboles dingbats. Les caractères chinois, japonais et coréens sont incorporés en 1992, plusieurs caractères autochtones ainsi que le braille, en 1993. Des langues historiques apparaissent — déséret, hiéroglyphes, caractères cunéiformes — et des symboles communs — notes de musique, occidentales ou byzantines, suites de cartes, etc. Dans son actuelle version 11.0, le standard Unicode compte plus de 137 000 codets⁴¹.

[23] La liste est loin d'être immuable et le consortium Unicode est participatif : toute personne peut proposer des ajouts.

3. L'émoji universel

[24] De fait, en août 2007, trois ingénieurs de Google déposent auprès du consortium un document de travail relatif à l'encodage des émojis « that are in widespread use by DoCoMo, KDDI and Softbank for their mobile phone networks » afin de permettre l'interopérabilité entre les trois opérateurs⁴². Par ailleurs, en novembre 2008, désireuse de percer le marché japonais, Apple y lance iOS 2.2, qui regroupe les émojis de SoftBank, et les propose aux utilisateurs dans un clavier secondaire. Si le clavier facilite l'accès à la palette des émojis, il ne règle en rien le problème de l'interopérabilité. Deux employés d'Apple se joignent alors à l'initiative auprès d'Unicode. Le groupe de travail présente un projet d'encodage officiel en janvier 2009⁴³. Dans l'intervalle, plusieurs blogueurs commencent à diffuser des guides ou des applications de déverrouillage des émojis à l'intention des utilisateurs occidentaux de l'iPhone⁴⁴.

[25] En octobre 2010, l'Unicode incorpore 722 émojis à la version 6.0 de son guide, attribuant à chacun, comme à l'ordinaire, un codet alphanumérique et un descriptif, laissant la liberté du rendu à chacune des plate-

⁴¹ Voir « Unicode® Code Charts Help and Links » (dernière modification le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Unicode* <unicode.org/charts/About.html> [perma.cc/R845-VQJR].

⁴² Voir Kat Momoi, Mark Davis et Markus Scherer, « Working Draft Proposal for Encoding Emoji Symbols », Document de travail No L2/07-257 (3 août 2007), en ligne (pdf) : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/K975-CKM6].

⁴³ Voir Markus Scherer et al, « Emoji Symbols Proposed for New Encoding », Document de travail No L2/09-026 (30 janvier 2009), en ligne (pdf) : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/26LR-H6VA].

⁴⁴ Sur l'historique technique des émojis, voir « Unicode® Technical Standard #51 : Unicode Emoji, version 11.0 » (21 mai 2018), 14^e révision, en ligne : *Unicode* <<http://unicode.org/reports/tr51>> [perma.cc/A5AC-Z3Z6] [« Unicode Technical Standard #51 »]; Marc Schenker, « The Surprising History of Emojis » (11 octobre 2016), en ligne : *WebDesignerDepot* <www.webdesignerdepot.com> [perma.cc/QK95-29ZE]; Arielle Pardes, « The WIRED Guide to Emoji », *Wired* (2 janvier 2018), en ligne : <www.wired.com> [perma.cc/H93Z-TP27].

formes⁴⁵. Ces rendus peuvent être propriétaires (comme ceux d'Apple ou de Samsung) ou sous licence libre (comme ceux de Twitter ou d'Emojidex)⁴⁶.

[26] L'interopérabilité ainsi assurée, c'est l'explosion, d'autant plus que, à partir de 2012, les systèmes d'exploitation des principaux fournisseurs offrent à tous les utilisateurs des menus d'émojis directement depuis le clavier de messagerie : Apple avec iOS 5.0 en octobre 2011⁴⁷, Google avec Android 4.3 Jelly Beans en juillet 2012⁴⁸, Microsoft avec Windows 8.0 en octobre 2012⁴⁹, Samsung avec le Galaxy S4 le 11 avril 2013⁵⁰. Les réseaux sociaux se mettent de la partie, notamment Facebook en février 2014⁵¹, et Twitter en novembre 2014 (les twemojis)⁵². Le phénomène gagne la planète. Et à toute vitesse.

[27] Chaque version de l'Unicode ajoute son lot de nouveaux émojis et, à partir de 2011, des modificateurs d'émojis permettent de changer, par exemple, la couleur de peau de certains émojis anthropomorphes, ou leur sexe⁵³, de créer des drapeaux⁵⁴, ou de grouper des émojis⁵⁵. De la même manière que « ž » peut être conçu comme une unité ou comme une lettre (« z ») et un signe diacritique (« ˇ »), l'émoji d'un couple hétérosexuel avec

⁴⁵ Voir « Unicode Technical Standard #51 », *supra* note 44.

⁴⁶ Voir Jeremy Burge, « Who Owns Emojis » (31 janvier 2017), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org> [perma.cc/DR7D-3RB7].

⁴⁷ Voir « Apple iOS 5.0 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/apple/ios-5.0> [perma.cc/Y4Q9-PWH8].

⁴⁸ Voir « Microsoft Windows 8.0 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/microsoft/windows-8.0> [perma.cc/Q3EW-XSD8].

⁴⁹ Voir « Google Android 4.3 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/google/android-4.3> [perma.cc/Q3EW-XSD8].

⁵⁰ Voir « Samsung TouchWiz Nature UX 2 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/samsung/touchwiz-2.0> [perma.cc/A9TX-G5TZ].

⁵¹ Voir « Facebook 1.0 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/facebook/1.0> [perma.cc/PUQ9-V9PH].

⁵² Voir « Twitter Twemoji 1.0 » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emojipedia* <emojipedia.org/twitter/twemoji-1.0> [perma.cc/43HT-GNUP].

⁵³ Sur les émojis et la diversité, voir Stark et Crawford, *supra* note 17 à la p 7; Rachel Scall, « Emoji as Language and Their Place outside American Copyright Law », (2015–2016) 5:2 New York UJ Intellectual Property & Entertainment L 381 aux pp 387–88; Olivia Solon, « Emoji diversity: how 'silly little faces' can make a big difference », *The Guardian* (7 novembre 2016), en ligne : <www.theguardian.com> [perma.cc/G9RK-J7X8].

⁵⁴ Voir notamment « Annex B: Valid Emoji Flag Sequences » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Unicode* <unicode.org> [perma.cc/CK2N-MV6M]; Benjamin Esham, « Unicode's encoding of national flags is just crazy enough to work » (27 juin 2014), en ligne (blogue) : *Benjamin Esham* <esham.io> [perma.cc/Y5RV-UDSE].

⁵⁵ Voir notamment « 1.4.4 Emoji Modifiers » (dernière consultations le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Unicode* <unicode.org> [perma.cc/9VL2-JPXU].

un cœur peut être conçu comme une unité (« 👩‍❤‍👨 U+1F491 couple with heart ») ou comme la somme de l'emoji du visage d'une femme, de celui du visage d'un homme, de celui du cœur avec les codets de jonction appropriés (en l'occurrence, « 👩 U+1F469 woman », « U+200D zero width joiner » [liant sans chasse], « ❤ U+2764 cœur », « U+FE0F variation selector-16 » [sélecteur de variante], « U+200D zero width joiner » et « 👨 U+1F468 man »); de même, une juge à la peau foncée combine les codets pour « 👩 U+1F469 woman », « 🏠 U+1F3FF dark skin tone » et « ⚖ U+2696 scales of justice », avec certains codets combinatoires. Les combinaisons sont nombreuses et productives : selon le répertoire Unicode 11.0, il existe actuellement 1212 codets pour un total de 2 789 émojis⁵⁶.

[28] Par ailleurs, particuliers ou entreprises peuvent militer pour l'ajout d'émojis⁵⁷. Il faut en outre tenir compte des institutions et célébrités qui lancent leurs propres gammes d'« émojis » : Ikea, la National College Athletic Association, Tim Hortons (*Eh-moji!*), le *Washington Post* (*Postmoji*), Kim Kardashian (*Kimoji*), Mentos (*ementicons*), Alexander Ovechkin, Justin Bieber, Star Wars, les Pokémon, les Yankees de New York, Jean-Claude Van Damme pour n'en nommer que quelques-uns⁵⁸. Ceux-là ne répondent pas au standard Unicode et, sauf à être traités comme des images (beaucoup plus lourdes), ne s'affichent correctement que pour les utilisateurs de la même application. On peut parler de ces pictogrammes « privés » comme d'émojis au sens large. Sauf indication contraire, le terme « emoji » renvoie ici aux émojis au sens strict, c'est-à-dire limité à l'univers défini par Unicode.

⁵⁶ « Emoji Charts : Emoji Counts, v. 11.0 » (dernière modification le 22 octobre 2018), en ligne : [Unicode <unicode.org>](https://unicode.org) [perma.cc/F78Z-FNEU].

⁵⁷ Si le consortium Unicode n'accepte pas d'intégrer des marques de commerce, rien n'empêche une compagnie de commanditer un emoji à l'image de son produit-type : la chaîne de restauration rapide d'inspiration Tex-Mex TacoBell a ainsi milité, avec succès, pour l'introduction du taco (voir TacoBell, « Taco Emoji » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : www.tacobell.com) [perma.cc/DS6P-C75S]). Le fabricant de préservatifs Durex continue à le faire (voir *infra*, note 194). Cela dit, 59 % des usagers voudraient, à des degrés divers, avoir un emoji d'une marque de bière (voir Emogi Research Team, « 2016 Emogi Report » (16 novembre 2016) à la p 17, en ligne (pdf) : cdn.emogi.com/docs/reports/2016_emogi_report.pdf) [perma.cc/6LKD-E5LE]). Voir aussi *infra* note 123.

⁵⁸ Et sans compter avec les gifs, cousins hyperactifs des émojis (voir Amanda Hess, « Hands Off My Smiley Face: Emoji Become Corporate Tools », *New York Times* (20 juin 2016), en ligne : www.nytimes.com) [perma.cc/G9R7-Z5A9] [Hess, « Hands Off My Smiley Face »]).

4. Le compte est bon

[29] En 2015, le très sérieux *Oxford English Dictionary* fait de l'émoji 🥳 U+1F602 « visage avec larmes de joie » son mot de l'année⁵⁹. C'est d'ailleurs l'émoji le plus populaire au monde, toutes cultures confondues : sur Twitter seulement, cet émoji a été employé 2 107 128 092 fois depuis son apparition en novembre 2014⁶⁰. Ce sont d'ailleurs huit millions d'émojis par jour qui apparaissent sur le microblogue⁶¹. Ce n'est rien si l'on compare à Facebook et Facebook Messenger, où ce sont respectivement soixante-dix millions et cinq milliards d'émojis qui sont véhiculés quotidiennement (et dans ce dernier cas, près de 20 % sans accompagner de texte)⁶². Depuis qu'Instagram permet l'inclusion d'émojis dans les mots-clics, près de la moitié des publications qui s'y font en contient au moins un⁶³.

⁵⁹ Oxford Dictionaries, « Oxford Dictionaries Word of the Year 2015 is... » (16 novembre 2015), en ligne (blogue) : *OxfordWords* <blog.oxforddictionaries.com> [perma.cc/MZ96-XL3E]. Le mot « emoji » y était entré en 2013 (voir Katherine Connor Martin, « New word notes: December 2013 » (12 décembre 2013), en ligne (blogue) : *Oxford English Dictionary* <public.oed.com/blog> [perma.cc/C7DY-6669]). Un peu plus tôt en 2015, le Global Language Monitor avait choisi le ♥ comme mot de l'année 2014 (voir AJ Dellinger, « Heart emoji anointed 2014's word of the year » (2 janvier 2015), en ligne (blogue) : *The Daily Dot* <www.dailydot.com> [perma.cc/7TY9-NF93]).

⁶⁰ Voir « emoji tracker: realtime emoji use on twitter » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emoji tracker* <emojitracker.com> [perma.cc/RZV2-RUA3]. Par comparaison, le cœur, soit le deuxième émoji en popularité, a été utilisé 974 264 435 fois pendant la même période (voir *ibid*). Voir aussi « The Emoji Report » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Brandwatch* <brandwatch.com>. C'est également l'émoji le plus populaire sur Facebook (voir « Happy World Emoji Day! » (17 juillet 2017), publié sur *Mark Zuckerberg*, en ligne : *Facebook* <www.facebook.com/zuck> [perma.cc/BS92-LFG4]) et sur Apple (voir « Differential Privacy » (6 novembre 2017), en ligne (pdf) : *Apple* <www.apple.com> [perma.cc/XV4L-G2JG]). Voir aussi Francesco Barbieri et al, « How Cosmopolitan Are Emojis?: Exploring Emojis Usage and Meaning over Different Languages with Distributional Semantics » dans *MM '16: Proceedings of the 24th ACM international conference on Multimedia tenue du 15 au 19 octobre 2016 à Amsterdam*, New York, ACM, 2016, 531 à la p 532.

⁶¹ Pour un total de 6 400 278 100 du 1^{er} septembre 2015 au 31 août 2017 (voir *Brandwatch*, *supra* note 60). D'ailleurs, le site qui répertorie l'utilisation des émojis sur Twitter en temps réel (voir *Emoji tracker*, *supra* note 60) s'ouvre avec un avertissement de risque d'épilepsie : « [E]mojitracker is an experiment in realtime visualization of all emoji symbols used on [T]witter. [I]t updates at the speed of updates on [T]witter in realtime, and thus contains rapidly updating visuals that may possibly cause problems for those sensitive to such things? ».

⁶² Voir « Happy World Emoji Day! », *supra* note 60; « Statistics » (17 juillet 2018), en ligne : *World Emoji Day* <worldemojiday.com> [perma.cc/L2XF-3EHV].

⁶³ Voir Instagram Engineering, « Emojineering Part 1: Machine Learning for Emoji Trends » (1er mai 2015), en ligne (blogue) : *Medium* <medium.com> [perma.cc/YWY8-LZ9G].

[30] À ce compte, difficile de nier que l'émoji participe de la communication. Il n'est plus, en outre, limité aux messages textes ou aux billets publiés sur les réseaux sociaux : on peut l'utiliser comme clé de recherche sur Internet⁶⁴ et, s'agissant de caractère Unicode, il peut même faire partie d'une adresse URL⁶⁵. Plus encore, quittant son espace pixel pour se matérialiser, c'est désormais un même, qu'on retrouve dans le monde physique : publicités, chandails, casquettes, tasses, coussins, housses de couette, films⁶⁶.

[31] Et, même, jugements. Voyons ce qu'il en est à cet égard.

II. Le bassin de décisions à l'étude

A. Présentation des clés de recherche

[32] Nous avons répertorié 119 décisions canadiennes, en français comme en anglais, tous tribunaux et tous territoires confondus. Si nous avons à l'origine le dessein de ne considérer que l'utilisation judiciaire des émojis, force nous a été d'ajuster le tir. D'une part, seules vingt-quatre décisions comportent ce terme. Ensuite, il est rapidement apparu que les termes « émojis » et « émoticônes » sont parfois utilisés de manière interchangeable⁶⁷, notamment parce que les deux termes partagent, comme on

⁶⁴ On peut ainsi entrer l'émoji de la pompe à essence ou du taco dans Yelp ou Google pour obtenir la station-service ou la taqueria la plus proche (voir par ex Kate Bratskeir, « You Can Now Use Emojis To Search On Yelp, And It's Not As Pointless As It Sounds », *The Huffington Post* (4 septembre 2014), en ligne : <www.huffingtonpost.ca> [perma.cc/JHM4-3BKW]; Ilyse Liffreing, « War on words: Emoji search is spreading » (6 juillet 2017), en ligne : *Digiday* <digiday.com> [perma.cc/UH75-GPKJ]).

⁶⁵ Par exemple : 🍷.ws (le lunettier Warby Parker); I🏠NY.ws (courtier immobilier); 🇷🇺.net (un enregistrement de *L'Internationale* en russe); phx🇺🇸.ws (association de soccer de Phoenix, Arizona); brad❤️jennifer.ws (un site de mariage). Certains rapportent que 🍷.com, 🍷.net, 🍷.com et 🍷.com seraient les premiers noms de domaines en émojis, à une époque toutefois où les signes ne s'affichaient pas dans la barre d'adresse des fureteurs (voir Paddy Johnson, « Emoji Domains Are the Future (Maybe) » (26 février 2018), en ligne : *Gizmodo* <gizmodo.com> [perma.cc/58KU-WUWC]). Le premier à l'avoir fait depuis aurait enregistré le nom de domaine 🍷.la (voir Cabel Sasser, « The World's First Emoji Domain », (21 juillet 2011, mis à jour depuis), en ligne (blogue) : *Panic Blog* <panic.com/blog> [perma.cc/765E-Y743]).

⁶⁶ Pour le traitement en droit de la propriété intellectuelle, voir Laurence Bich-Carrière, « Protection juridique des émojis : 😊 ou 🍷? » dans Service de la Formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018, 305.

⁶⁷ Voir par ex *CISS-FM concernant le concours Big Bag of Cash*, 2016 CCNR 9 [*CISS-FM*] (où les deux termes sont employés de manière indistincte); *Massissou v Amex Canada Inc* (23 mai 2018), 1844-17-UR, 2018 CanLII 48186 au para 26 (CRTO) (où il est ques-

l'a vu, bon nombre de synonymes. Par souci de concision et bien que le terme soit imparfait en ce qu'il désigne, hors le monde électronique, le visage, nous employons le terme « binette » pour couvrir les deux notions indistinctement.

[33] Nous avons donc élargi l'éventail des mots-clés pour retenir, en plus d'« émoji » et d'« emoticon/émoticône », les termes « smiley », « smiley face », « happy face », « frimousse », « bonhomme sourire », « souriard », « trombine », « pictogramme » et « binette ». Les mots « souriard » et « trombine » n'ont donné aucun résultat. Si les mots « émoji »⁶⁸ et « emoticon/émoticônes » sont toujours et uniquement utilisés dans le contexte qui nous intéresse, il n'en est cependant pas de même de plusieurs des synonymes génériques. Ainsi, les expressions « smiley face », « happy face » ou « bonhomme sourire » renvoient fréquemment à un dessin manuscrit⁶⁹ ou simplement à un ornement graphique⁷⁰, et le terme « frimousse » apparaît dans la dénomination sociale de plusieurs centres de la petite enfance⁷¹. Pour ces clés de recherche, la polysémie n'est pas un obstacle insurmon-

tion d'un « emoticon of a beer mug », ce qui est statistiquement assez peu probable); *R v Grant*, 2018 BCSC 413 [*Grant*] (où il est question d'un « émoji » aux para 159, 194 alors que c'est une émoticône qui est reproduite aux para 21, 56).

⁶⁸ Dont une avec la graphie « imoji » (voir *Bombardier Inc v Unifor Local 112*, 2016 CanLII 27573 à la p 7 (ON LA) (arbitre : Paula Knopf)).

⁶⁹ Voir *Plank v Plank*, 1997 CanLII 3730 aux para 15, 18, 78 ACWS (3e) 955 (BC SC); *National Bank of Greece (Canada) v Efstatheou*, 2005 CanLII 44407 au para 25, 144 ACWS (3e) 76 (ON SC); *Seamons v Durham Regional Police*, 2006 ONCPC 8 aux pp 8, 17.

⁷⁰ Voir *R v Borecky*, 2013 BCCA 163 au para 10 (sachets de drogue); *R v Bishop*, 2010 BCSC 1928 au para 10 (sachets de drogue); *Ontario (College of Physicians and Surgeons of Ontario) v Porter*, 2016 ONCPSD 3 à la p 14 (note manuscrite sur un pare-brise). L'affaire *Lancashire County Council v M and others*, [2016] EWFC 9 a été largement rapportée comme la première décision de cette cour à utiliser un émoji (voir John Bingham, « Smile: High Court judge uses emoji in official ruling », *The Telegraph* (14 septembre 2016), en ligne : <www.telegraph.co.uk> [perma.cc/L3DG-46GZ]; Steve Doughty, « Court first as judge uses smiley emoji in his official ruling over family case involving a Muslim convert who 'tried to take four children to Syria' », *Daily Mail* (14 septembre 2016), en ligne : <www.dailymail.co.uk> [perma.cc/AJ55-BXXX]). Pourtant, le juge Peter Jackson y reproduisait simplement électroniquement une binette « ☺ » utilisée dans un message manuscrit :

The message said that the family would be back on 3 August. It has a ☺ beside the date. After the family left, the police searched the caravan. They found the message and say that the ☺ is winking, meaning that the mother knew they wouldn't be coming back. I don't agree that the ☺ is winking. It is just a ☺. The police are wrong about that, and anyhow they didn't find anything else when they searched the caravan (au para 27(13)).

⁷¹ En fait, des cinquante-neuf entrées pour « frimousses », une seule renvoie à l'objet de la présente étude, et le mot « émoticône » lui est accolé (voir *ME c Canada (Commission de l'assurance emploi)*, 2015 TSSDGAE 112 au para 61 [*Commission de l'assurance-emploi*]).

table car elles produisent moins de cent décisions, qu'il suffit de lire pour trier. Pour d'autres termes, par contre, comme « smiley » ou « binette », qui sont aussi (voire surtout) des patronymes⁷², le nombre de résultats est tel que l'exercice de tri devient inefficace, et ce, même avec des clés de recherche limitatives comme la proximité des termes « courriel », « texto », « message » ou « Internet ». Des mots plus génériques comme « pictogramme », « icône » ou « sourire » présentent eux aussi trop de résultats dont la plupart n'ont manifestement pas la pertinence nécessaire pour la poursuite de l'exercice.

[34] Finalement, pour les cas de décisions successives dans une même « affaire » donnant lieu à plus d'une décision — une décision de première instance et son appel, une décision sur verdict et une autre sur sentence, une décision administrative et son contrôle judiciaire —, nous avons considéré les motifs : s'ils étaient identiques, nous ne comptons qu'une décision⁷³, s'ils différaient, deux⁷⁴.

[35] De cet exercice ressortent 119 décisions, utilisant une ou plusieurs de nos clés de recherche⁷⁵.

B. Difficulté de l'échantillon

[36] Cela posé, devant les chiffres vertigineux que l'on a évoqués un peu plus tôt (voir paragraphe 29), un échantillon de 119 décisions a de quoi surprendre, surtout dans la mesure où la jurisprudence récente n'est pas im-

⁷² Voir *Binette v Salmon Arm (City)*, 2018 BCCA 150; *Binette c Larouche*, 2018 QCRDL 11105; *La Personnelle c Binette*, 2018 QCRDL 9374; *El-Ariss c Binette*, 2018 QCRDL 9050; *Commission de police du Nouveau-Brunswick c Smiley*, 2017 NBCA 58; *Smiley v The Residential Section of The Owners, Strata Plan VIS 1921*, 2017 BCCRT 75; *Sterling c Meme-Smiley*, 2017 QCRDL 25830; *Smiley v Salat*, 2017 ABPC 140 pour ne donner que les plus récentes.

⁷³ Voir par ex *R v McCall*, 2011 BCPC 7 (sur la culpabilité) et *R v McCall*, 2011 BCPC 143 (sur la sentence); *Protection de la jeunesse — 174853*, 2017 QCCQ 9104 et *Protection de la jeunesse — 174852*, 2017 QCCQ 9103 (ordonnances identiques sauf quant à l'enfant désigné).

⁷⁴ Voir par ex *Hamilton v Crêpe it Up!*, 2012 HRTO 1941 [*Hamilton*]; *Crêpe It Up! v Hamilton*, 2014 ONSC 6721 (en contrôle judiciaire).

⁷⁵ La plupart des décisions ne comprennent qu'une expression, mais il arrive que certaines les emploient comme synonymes (voir par ex *CISS-FM*, *supra* note 67; *Grant*, *supra* note 67, qui utilisent « émoticône » et « émoji » de manière interchangeable). Ces expressions sont également employées en combinaison (voir par ex *Century 21 Dome Realty Inc v Brittner*, 2018 SKPC 24 au para 45 [*Century 21*], où l'on parle de « smiley face emojis »; *Commission de l'assurance-emploi*, *supra* note 71 au para 61, où il s'agit d'un « symbole “frimousse/émoticône” »). Finalement, en présence d'une version française et d'une version anglaise, nous avons considéré la version française des motifs à nos fins statistiques (voir par ex *ibid* : « un symbole “frimousse/émoticône” » dans la version française et « a “happy face symbol/emoticon” » dans la version anglaise).

perméable aux réseaux sociaux et aux avancées de la communication numérique (le mot « Instagram » a été utilisé dans 149 décisions depuis 2014⁷⁶, « tweet » dans 168 depuis 2010⁷⁷ et « Facebook » dans 7 473 depuis 2007⁷⁸).

[37] La modicité des résultats s'explique de trois manières⁷⁹. La première est proprement judiciaire, la deuxième au confluent de la méthodologie et de la polysémie, la troisième, informatique, mais soulève des questions d'accès à la justice.

[38] Il faut d'abord considérer que, de manière générale, les jugements ne reproduisent qu'une fraction de la preuve administrée à l'audience. Binette ou pas, seules sont citées, habituellement, les déclarations déterminantes ou essentielles au raisonnement⁸⁰. Rares sont les éléments graphiques annexés aux motifs, qu'il s'agisse de photographies, de cartes ou de croquis⁸¹. Autrement dit, les jugements eux-mêmes ne constituent qu'une fraction du volume de la preuve et il ne saurait en aller autrement simplement parce qu'il est question d'émojis ou d'émoticônes.

[39] Pour les binettes précisément toutefois, il faut compter avec une difficulté méthodologique ou lexicale en sus. En effet, comme on l'a vu, plusieurs des clés de recherche ont des sens différents, dont un seul nous intéresse. Aux difficultés recensées plus haut s'ajoute l'existence de désignations *ad hoc* comme des « icônes sympathiques comme des sourires »⁸²

⁷⁶ C'est-à-dire depuis *Protection de la jeunesse — 147507*, 2014 QCCQ 19436 au para 8 (14 janvier 2014).

⁷⁷ C'est-à-dire depuis *R c National Post*, 2010 CSC 16 au para 40 (7 mai 2010) (dans les motifs originaux en anglais; la version française emploie le verbe « microbloguer », plus générique).

⁷⁸ Pour la première décision accessible sur WestLaw et QuickLaw, voir *Re CTVglobe-media Inc* (8 juin 2007), CRTC 2007-165, en ligne : *CRTC* <www.crtc.gc.ca> [perma.cc/98JR-9MNY], 2007 CarswellNat 8148. Pour le premier jugement accessible sur CanLII, voir *WRV v SLV*, 2007 NSSC 251 au para 31 (28 août 2007).

⁷⁹ Cela étant, nous avons répertorié en moyenne une décision avec le mot « émoji » par mois de la première répertoriée, en juillet 2016, à ce jour. À titre comparatif, une étude américaine a répertorié 80 décisions comportant un émoji pour toute l'année 2016 (voir Eric Goldman, « Surveying the Law of Emojis » (2017) Santa Clara UL Studies Research Paper Document de travail No 8-17 à la p 51, en ligne : *Social Science Research Network* <papers.ssrn.com> [perma.cc/43PG-X7UU]).

⁸⁰ Voir l'honorable JO Wilson, *A Book for Judges*, Minister of Supply and Services Canada, 1980 aux pp 79–80. Voir aussi John I Laskin, « Forget the Wind-Up and Make the Pitch: Some Suggestions for Writing More Persuasive Factums » (1999), en ligne : *Court of Appeal for Ontario* <www.ontariocourts.ca> [perma.cc/S8SL-H3WN].

⁸¹ La tendance est toutefois à la hausse (voir Elizabeth G Porter, « Taking Images Seriously » (2014) 114 Colum L Rev 1687 à la p 1718).

⁸² *Picard c Chalifour Canada ltd*, 2013 QCCRT 0325 au para 29.

ou des « signes de ponctuation et des pictogrammes [...] décriva[n]t ses états d'âme »⁸³ qui ne peuvent pas être systématisées.

[40] Le troisième obstacle est beaucoup plus problématique et tient aux difficultés inhérentes à la représentation des binettes dans les jugements ou dans les éléments de preuve. En effet les moteurs de recherche juridique consultés ne permettent pas de chercher les émoticônes ou les émojis eux-mêmes, ni d'ailleurs généralement des images ou des signes typographiques, bien que cela ne soit pas impossible sur le plan technique⁸⁴. Dès lors, aucune décision qui reproduirait un émoji ou une émoticône sans mentionner l'une des clés de recherche n'a pu être captée⁸⁵.

[41] (On notera au passage que l'imprécision n'est pas propre aux banques de recherches qui répertorient les décisions, elle cause également un problème en amont, au moment de la constitution de la preuve : la plupart des logiciels de *e-discovery* ne sont pas, eux non plus, à même de chercher des combinaisons de caractères typographiques, des symboles ni même des images⁸⁶.)

[42] Ces difficultés ont peut-être pour effet de faire du bassin un échantillon, mais nous ne croyons pas qu'elles vicient l'exercice pour autant, surtout lorsque l'on s'attarde à la manière dont les binettes sont traitées.

C. Répartition des décisions

[43] Cela étant, avant d'aborder la substance des décisions, nous nous sommes sommairement interrogée sur la répartition des résultats, selon

⁸³ *CV et Responsable du CSSS A*, 2016 QCTAC 05659 au para 3.

⁸⁴ Voir *supra* note 64.

⁸⁵ Et pourtant, il en existe : si la décision de première instance *Maughan v UBC* reproduit l'émoticône qui figure dans un message à l'étude et emploie l'expression « smiley face icon » (2008 BCSC 14 aux para 32–33, 405 [*Maughan BCSC*]), l'arrêt confirmatif *Maughan v University of British Columbia* reprend aussi le message, émoticône comprise, sans toutefois la nommer et n'a donc pas été inclus dans l'échantillon (2009 BCCA 447 au para 18 [*Maughan BCCA*]). De même, on trouve un ⇒ dans *KC et Compagnie A* (2015 QCCSST 184 au para 18) et un : P dans *R v Ngai* (2013 ABPC 16 au para 146). Ces décisions ne sont pas intégrées dans le bassin à l'étude.

⁸⁶ Voir Joe Sremack, « Why Emojis Matter in E-Discovery », *Today's General Counsel* 13:6 (décembre/janvier 2017) 28, en ligne : <issuu.com/todaysgc> [https://perma.cc/9PJU-9BH2]; Boxer Analytics, « 10 Things Every Attorney Should Know about Emojis. #ediscovery #emoji #legaltech » (29 septembre 2016 à 12:18), en ligne : *Twitter* <twitter.com> [perma.cc/C23K-EETU]; Judith Lamont, « Emerging content formats challenge e-discovery » (14 septembre 2017), en ligne : *KMWorld Magazine* <www.kmworld.com> [perma.cc/F7DV-UBTE]; Rhys Dipshan, « E-Discovery Can Tame Emojis, But Can't Outpace Them » (26 février 2018), en ligne : *LegalTech News* <www.law.com> [perma.cc/RN7G-NSJU].

quatre axes : la branche du droit impliquée, le moyen de communication utilisé, la date et la façon dont la binette figurait dans la décision.

[44] Sur la matière juridique d'abord, des 119 décisions, quarante et une sont prononcées par des tribunaux administratifs (35,29 %), cinquante-deux par des tribunaux judiciaires en matière pénale (44,54 %) et vingt-trois par ceux-ci en matière civile (20,17 %), réparties comme suit :

Total : 119 décisions		
Décisions judiciaires : 77 (64,47 %)		Décisions administratives : 42 administratives (35,29 %)
Matières criminelles : 53 (44,54 %)	Matières civiles : 24 (20,17 %)	
<ul style="list-style-type: none"> • infractions à caractère sexuel : 42 (79,24 %) <ul style="list-style-type: none"> ○ personne mineure : 22 • homicide : 4 (7,55 %) • drogue : 2 (3,77 %) • autre : 5 (9,43 %) 	<ul style="list-style-type: none"> • famille : 13 (54,17 %) • liberté d'expression : 5 (20,09 %) • contrat : 4 (16,67 %) • autre : 2 (8,33 %) 	<ul style="list-style-type: none"> • travail et emploi : 16 (38,10 %) <ul style="list-style-type: none"> ○ harcèlement : 10 • professionnel : 10 (23,81 %) • logement : 7 (16,67 %) • discrimination : 3 (7,14 %) • immigration : 3 (7,14 %) • autre : 3 (7,14 %)

[45] En ce qui concerne le médium ensuite, courriels et messages textes forment la part du lion (66,39 %)⁸⁷. Suivent le clavardage et les messages Facebook, parfois difficiles à distinguer l'un de l'autre dans les motifs (19,32 %). Les autres communications par Internet, qu'elles aient lieu sur des microblogues, des sites Internet de petites annonces, des forums, des blogues ou que la plateforme ne soit pas précisée, forment 8,40 % de l'échantillon. Restent finalement certains écrits sur support physique (actes de procédures, lettres ou rapports informatisés), à 5,88 %.

⁸⁷ Deux décisions rapportent l'utilisation de binettes à la fois dans des courriels et des textos. Elles ont été comptabilisées comme 0,5 décision pour 50 décisions où les binettes sont échangées par texto et vingt-six où elles le sont par courriel.

[46] Quant à la forme, six décisions reproduisent les émoticônes dont il est question⁸⁸, et deux, des émojis⁸⁹. Cinq décisions mentionnent que des binettes ont été omises⁹⁰ et trente-quatre décisions les décrivent avec plus ou moins de précision⁹¹ : « émoticône de sourire »⁹², « émoticône représentant l'embarras »⁹³, « emoji with a winking happy face »⁹⁴, par exemple. Les soixante et onze autres comportent simplement textuellement une des clés de recherche. On y reviendra (voir paragraphe 67).

[47] Quant à la date, finalement, force est de constater que l'échantillon est jeune. Les premières décisions recensées comportant les expressions « émoticônes » ou « smiley face » dans le contexte qui nous intéresse datent de 2002⁹⁵ et de 2006⁹⁶ dans l'un et l'autre cas. Le terme « emoji » apparaît pour sa part pour la première fois à l'été 2016⁹⁷. En fait, la moitié de l'échantillon a été produit depuis 2016, c'est-à-dire en moins de deux ans (54,62 %).

⁸⁸ Voir *Re Insurance Corporation of British Columbia* (8 novembre 2002), Auth (s 43) 02-02, en ligne : OIPCBC <www.oipc.bc.ca> [perma.cc/2ULK-QCZC] au para 31 [*Insurance Corporation*]; *Maughan BCSC*, *supra* note 85 au para 32, conf par *Maughan BCCA*, *supra* note 85, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 33495 (29 avril 2010); *Hamilton*, *supra* note 74 aux para 66, 75; *R v Elliott*, 2016 ONCJ 35 à la p 30 [*Elliott*]; *Grant*, *supra* note 67 aux para 21, 56; *SF v KW*, 2018 CanLII 6838 aux para 25, 52 (HPRB Ont). Toutes sont signées par des hommes.

⁸⁹ Voir *R v DCR*, 2017 BCPC 80 au para 18; *Abdelli c Duval*, 2018 QCRDL 22101 au para 14. Les décisions sont signées par des femmes.

⁹⁰ Voir *Baker v Twiggs Coffee Roasters*, 2014 HRTO 460 au para 11, conf par 2014 HRTO 1803; *R v GL*, 2014 ONSC 3403 au para 60; *Côté c Normand*, 2017 QCRDL 42031 au para 136; *L'Association des policiers(ères) de Sherbrooke c Sherbrooke (Ville de)* (2017), 2017 QCTA 721 (arbitre : Francine Lamy) [*Association des policiers(ères)*]; *R c Cardinal*, 2018 QCCS 2610. À 60 %, le fait de décideuses.

⁹¹ En proportion, les décideuses sont plus nombreuses que les décideurs à décrire les binettes : des 107 décisions signées par une seule personne, 41,12 % sont rendues par des femmes et 58,88 % par des hommes; de celles-là, 32 décrivent les binettes employées, qui sont à 46,88 % signées par des femmes et à 53,88 %, par des hommes.

⁹² *Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario c Burdett*, 2011 ONOCT 8.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Perry v The Centre for Advanced Medicine*, 2017 HRTO 191 au para 73.

⁹⁵ Voir *Bédirian v Canada (Justice)*, 2002 PSSRB 89 au para 207 (31 octobre 2002) (où l'expression « smiley face » est employée); *Insurance Corporation*, *supra* note 88 au para 31 (cette décision rendue le 8 novembre 2002 utilise l'expression anglaise « emoticon »).

⁹⁶ Voir *R v Papadopoulos*, 2006 CanLII 49055 aux para 40–41, 73 WCB (2^e) 480 (CS Ont) (« smiley face ») [*Papadopoulos*] (24 avril 2006); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v Winnicki*, 2006 CF 873 au para 46 (12 juillet 2006) (« emoticon »).

⁹⁷ Voir *Re Toronto Transit Commission and ATU, Local 113 (Use of Social Media)* (2016), 270 LAC (4^e) 341 au para 58, [2016] OLAA No 267 (QL) (5 juillet 2016); *R v CC*, 2016 ONSC 4524 au para 9, 11 (13 juillet 2016).

[48] Cela s'explique facilement : si les émoticônes, dans leur version moderne, apparaissent en 1982, le phénomène ne prend de l'expansion qu'avec la démocratisation des ordinateurs personnels, des téléphones intelligents et de l'accès à Internet. Quant aux émojis, on se souviendra, ils ne deviennent accessibles sur les téléphones intelligents occidentaux qu'à l'automne 2012 et, sur ces réseaux sociaux de masse que sont Facebook et Twitter, qu'en 2014 (voir paragraphe 26).

III. Analyse : Que faire avec la pièce P-☺?

[49] C'est dans ce contexte qu'il convient maintenant de présenter certaines difficultés relatives à l'appréhension des binettes par les tribunaux. Les difficultés sont ici de deux ordres : celles qui sont proprement judiciaires — c'est-à-dire qui relèvent de leur présentation, soit en preuve par les parties, soit par le décideur dans sa décision (section A, ci-dessous) —, et celles qui concernent plutôt son interprétation (section B, ci-dessous). À cet égard, il y a lieu de considérer les fonctions sémio-linguistiques que peuvent occuper les émojis et les émoticônes dans le discours des justiciables, avant de considérer certains écueils, qu'ils soient techniques ou plutôt sémantiques.

A. Difficultés proprement judiciaires

[50] Trois questions nous intéressent ici. La première porte sur l'admissibilité : étant donné une binette, devrait-elle être produite en preuve (sous-section 1, ci-dessous)? Dans l'affirmative, comment devrait-elle y être présentée par la partie qui souhaite en débattre (sous-section 2, ci-dessous)? Et finalement, quand ou comment cette binette doit-elle passer de la preuve au jugement, c'est-à-dire comment devrait-elle y être représentée (sous-section 3, ci-dessous)?

1. Admissibilité en preuve

[51] Pour ce qui est de l'admissibilité, dans la mesure où l'auteur du message a pris la peine d'y inclure une binette, il semblerait naturel de la mettre en preuve. En principe, un document devrait être produit dans son intégralité, c'est-à-dire dans l'état dans lequel il a été constitué. En principe toujours, le caractère électronique d'une communication ne fait pas obstacle à sa recevabilité. Au contraire, le principe de l'équivalence fonctionnelle veut que l'on ne puisse traiter différemment deux messages, l'un

sur un support traditionnel, l'autre sur un support électronique, si leur intégralité n'est pas remise en cause, ou si les copies sont à l'identique⁹⁸.

[52] Évidemment, l'affaire se complique lorsque l'on considère que les binettes viennent rarement seules, mais plutôt qu'elles illustrent, agrémentent ou bonifient une conversation ou un message, dont l'admissibilité, elle, peut être problématique à d'autres égards que celui des binettes qu'ils comportent. Dans notre bassin de décisions, on constate que, suivant en cela les règles habituelles, les messages qui paraissaient plus préjudiciables que probants⁹⁹ ou dont l'auteur était incertain ont été écartés¹⁰⁰.

[53] La question peut toutefois se poser à l'inverse : qu'en est-il de la recevabilité d'un document dont il est admis qu'il contenait à l'origine des émojis ou des émoticônes mais dont la seule copie désormais disponible ne les restitue pas?

[54] De la même manière que des parties n'ont parfois conservé que des copies ou des portions d'un document original, il arrive à l'occasion que l'on soit incapable de retrouver des déclarations électroniques dans un format parfaitement identique à l'original. Certains tiers, des compagnies de téléphonie cellulaire par exemple, ne sont parfois pas en mesure de récupérer l'intégralité de messages textes visés par des ordonnances de saisie, mais seulement leurs composantes proprement alphabétiques. Les messages retrouvés sont alors communiqués aux parties dans un format simplissime, dépouillé des caractères spéciaux¹⁰¹ et parfois même présentés en bloc, sans indication permettant facilement de répartir les propos

⁹⁸ Consacré notamment par les articles 2837–42 CcQ et par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ c C-1.1, arts 1(3), 9. Voir aussi art 263 Cpc.

⁹⁹ Voir par ex *Papadopoulos*, *supra* note 96 au para 42 (où le juge ordonne que des émoticônes soient retirées d'un message car elles tendent à confondre deux conversations tenues simultanément, une au sujet d'un homicide, l'autre, relative à un jeu vidéo). Voir généralement *R c White*, 2011 CSC 13 au para 50 et s.

¹⁰⁰ Voir *Hatcher v Golding*, 2017 ONSC 785 (où le tribunal écarte des messages contenant des émojis envoyés par une enfant, car il n'a pas assez d'information pour déterminer s'ils ont été « dirigés » par un des parents); *R v Butler*, 2009 ABQB 97 (relativement aux messages d'une tierce personne décédée). Voir aussi *R v DD*, 2015 ONSC 3667 (où le juge détermine l'auteur d'un message contenant des émojis et l'admet en preuve); *Cardinal*, *supra* note 90 aux para 9–12 (où les parties, après avoir débattu des règles relatives au oui-dire, s'entendent sur l'admissibilité d'un document dont les binettes n'ont pas été reproduites). Voir généralement *Benisty c Kloda*, 2018 QCCA 608 au para 51.

¹⁰¹ Voir *Association des policiers(ères)*, *supra* note 90; *Commissaire à la déontologie policière c Therrien*, 2018 QCCDP 6 au para 51 [*Therrien*].

entre deux interlocuteurs¹⁰². Ces documents ne sont pas intégraux, c'est-à-dire qu'il est admis que des éléments qui figuraient dans l'original n'ont pas été reproduits; ils ont néanmoins été considérés comme *intègres*, puisqu'ils n'avaient pas été manipulés par le fournisseur de services de téléphonie¹⁰³. Ce sont les meilleurs éléments de preuve disponibles¹⁰⁴.

[55] La question de l'admissibilité est tout à fait distincte de celle portant sur la valeur probante des documents ainsi tronqués. Un message dépouillé de ses binettes ou caractères spéciaux peut devenir ambigu au point de n'être d'aucune utilité : ce serait le cas, par exemple, d'un message où, en l'absence du symbole « \$ », il ne serait plus possible de savoir si deux personnes parlent de prix ou de poids¹⁰⁵. Sa force probante s'en trouverait alors diminuée jusqu'à le rendre inutile, impertinent.

[56] On pourrait objecter que les transcriptions sténographiques, utilisées de longue date dans les procédures judiciaires, ne sont jamais que le « rendu » des mots qui ont été verbalisés, ponctués, à la rigueur, de quelques hésitations, marquées « euh » ou « hum » selon les sténographes, et qu'elles ne reflètent pas les silences, les expressions faciales ou la ges-

¹⁰² D'autres éléments contextuels, de grammaire ou de sens, peuvent toujours permettre la « répartition » des propositions entre les interlocuteurs (voir *R c Mainville*, 2016 QCCQ 3937 au para 72).

¹⁰³ En ce sens, voir *Association des policiers(ères)*, *supra* note 90 au para 159 :

Le représentant d[e] Telus] a témoigné ne pas avoir pu retracer les fichiers originaux visés par la deuxième saisie, d'où cette nouvelle prétention syndicale qu'il n'est pas possible d'assurer l'intégrité de la preuve que l'employeur veut administrer. A priori, le fait que le fournisseur ne puisse remettre les fichiers originaux ne me semble pas suffisant pour conclure que l'intégrité de la preuve ne peut être assurée; ils ont été transmis dans cette forme à l'employeur et rien ne permet de conclure qu'à la réception dans le système de l'employeur, leur intégrité avait été affectée.

¹⁰⁴ Voir arts 2860, al 2; 2861 CcQ.

¹⁰⁵ Comme dans l'affaire *Therrien*, *supra* note 101 aux para 51, 76, 154-55 :

Il n'est pas contesté que certaines ponctuations et certains caractères, comme le signe « \$ » et les émoticônes des textos, contenus dans le fichier transmis par le fournisseur de services, soit la compagnie Telus (Telus), sont manquants. [...] [Le procureur de l'agent Therrien] soumet que le Comité ne peut accepter une preuve non intégrale comme dans le présent cas où il est établi que les textos transmis par Telus ne sont pas les originaux, ne contenant pas la ponctuation et certains caractères, dont les émoticônes, laissant ainsi place à interprétation. [...] Après avoir entendu le témoignage de l'analyste et avoir lu les textos, le Comité ne peut conclure que ces derniers font référence à d'importantes quantités. Ces textos pourraient aussi faire référence à des prix de vente, car certains caractères sont absents. Le Comité constate qu'il est difficile de distinguer s'il est question de quantité ou de prix de sorte que l'interprétation des textos peut porter à confusion.

tuelle¹⁰⁶, sans que cela ne soit pour autant un obstacle dirimant pour la détermination du dossier. Combien de plaideurs ont été surpris de relire la transcription d'un interrogatoire pour n'y pas retrouver la tension ou l'animosité ressentie à l'époque ou au contraire, trouver les questions agressives alors que l'atmosphère était, selon leur souvenir, plutôt chaleureuse¹⁰⁷.

[57] On répondra à cela que les notes sténographiques transposent à l'écrit des propos tenus oralement — c'est-à-dire changent le médium —, alors que les binettes, elles, figurent *déjà* dans un texte écrit, dont il n'y a pas de raison, technique ou autre, de les retirer. Pis, les retirer, c'est, en quelque sorte, porter atteinte à l'intégrité du message d'origine.

[58] En ce sens, la Cour suprême de Colombie-Britannique a expressément tenu rigueur à un expert d'avoir complètement ignoré les nombreuses émoticônes utilisées sur une page Facebook avant de conclure que son auteur était un terroriste en puissance :

A[nother] example of [the expert]'s narrow focus was his refusal to consider [the accused]'s frequent use of emoticons when interpreting the content of the posts. He stated that he could not interpret the meaning of the emoticons and that he never attempted to do so. [The accused] and others who posted on the account used them frequently. The emoticons appear to have been used to indicate sarcasm, satire, humour, etc. I certainly agree with [the expert] that it is challenging to determine exactly what [the accused]'s emoticons were intended to express in each post. However, I find that his failure to consider them at all is misguided. It is apparent that [the accused] and others communicating on his Facebook account used emoticons to add meaning to what they said¹⁰⁸.

[59] Quoi qu'il en soit, et bien que nous convenions que l'impossibilité d'obtenir les binettes du message d'origine peut, à l'occasion, excuser leur absence du dossier, il nous semble difficile, aujourd'hui, de faire complètement abstraction d'un élément de communication avec lequel la majeure partie de la population est familière et dont l'usage courant va croissant, à plus forte raison lorsque ces éléments ont largement pour fonction

¹⁰⁶ Ce que relèvent à l'occasion les décideurs (voir par ex *R v SB*, 2016 NLCA 20 au para 51; *Commission scolaire francophone du Yukon no 23 c Yukon (PG)*, 2014 YKCA 4 au para 160; *Claveau c Bouchard*, 2014 QCCA 1241 au para 7; *R v JJB*, 2013 ONCA 268 au para 26).

¹⁰⁷ Voir Keith A Gorgos, « Lost in Transcription: Why the Video Record is Actually Verbatim » (2009) 57 Buff L Rev 1057.

¹⁰⁸ *R v Hamdan*, 2017 BCSC 1770 au para 97. On voudra bien comparer avec la condamnation à laquelle certains twemojis ont mené un sympathisant du mouvement ETA (voir Pablo Franquet « Emoticonos: nuevos retos para la valoración de la prueba » (16 juin 2016), en ligne (blogue) : *Litigio de Autor* <www.litigiodeautor.com> [perma.cc/LS53-HGX9]).

d'exprimer une émotion, un point de vue, de renforcer, de nuancer ou de clarifier un message (voir paragraphe 127).

[60] Si l'on accepte ce postulat (et qu'on l'accorde avec les règles ordinaires d'admissibilité), il restera encore à déterminer *comment* ces messages et leurs binettes doivent être présentés au juge, aux témoins et, le cas échéant, aux jurés.

2. La présentation de la preuve

[61] Dans un système judiciaire dont le paradigme demeure celui de l'oralité¹⁰⁹, le caractère graphique de l'émoji pose certains défis de présentation. Qui devrait lire, qui décrire, qui interpréter et quand?

[62] La question s'est posée avec beaucoup d'acuité dans une affaire américaine, le procès institué contre Ross William Ulbricht pour blanchiment d'argent, trafic de stupéfiants, entreprise criminelle et piratage informatique. Il s'agissait pour le poursuivant de convaincre les jurés qu'Ulbricht était celui qui, se cachant derrière le pseudonyme « Dread Pirate Roberts », opérait de Silk Road, carrefour des trafiquants de l'Internet clandestin. S'agissant d'un marché noir en ligne, la plupart des communications interceptées par le FBI étaient électroniques, et plusieurs comportaient des émoticônes.

[63] La défense a fait valoir, avec succès, qu'il fallait inclure non seulement ces émoticônes dans les transcriptions, comme la ponctuation d'ailleurs et les « lettres étirées » (« soooo »), mais qu'il fallait encore les faire lire aux jurés soit en leur distribuant des copies des transcriptions, soit en leur offrant une projection. La demande se justifie à deux titres : d'abord, les messages ont été conçus pour être visualisés et non verbalisés; ensuite, il était opportun d'éviter d'ajouter un intermédiaire susceptible d'interpréter **ou** de dénaturer le sens des messages.

¹⁰⁹ Voir *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, RLRQ c 1, notes explicatives à la p 3; Québec, Ministère de la justice, *Rapport d'évaluation de la Loi portant réforme du Code de procédure civile*, Québec, Éditeur officiel, 2006, aux pp 46–49. Voir aussi Daniel Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009) 54:2 RD McGill 273 à la p 285.

[ATTORNEY FOR DEFENDANT]: ... the Court has already identified the distinction between transcripts of conversations that are oral to begin with and these chats. One is that there are a fair number of nonverbal parts of these communications, symbols, emoticons, things like that, all of that which is not necessarily communicable in an oral context [...]

THE COURT: The jury should note the punctuation [...]

[ATTORNEY FOR DEFENDANT]: Instruct the [jury] that they should be reading [the emoticons] because these were originally written. And while they're being read aloud as an aid, the fact is, the written word is the real evidence. And occasionally counsel will make mistakes or misread, not intentionally again, but they should be looking at it and there may also be nonverbal symbols and things like that that [*sic*] they should be looking for and recognize. [...] I think if [a lawyer] is reading something aloud, they should say there's an emoticon, and let the jury decide what it means rather than characterizing it.

THE COURT: All right. I think that's what we'll do¹¹⁰.

[64] Autrement dit, seuls les témoins pouvaient qualifier les émoticônes ou expliquer ce qu'ils y comprenaient, du moins avant le stade des plaidoiries; alors seulement les avocats pouvaient-ils les expliquer suivant la preuve entendue.

[65] L'approche, si elle demande beaucoup de vigilance de la part des procureurs, paraît néanmoins équilibrée et rigoureuse.

[66] Sans doute toutes les affaires ne demanderont-elles pas de telles précautions : souvent, le décideur pourra prendre connaissance d'une preuve documentaire sans qu'il soit nécessaire pour les parties de la lui lire au long et de commenter chacune des binettes qui pourraient s'y trouver, mais pour ces quelques situations où une binette est susceptible de faire la différence, la méthode paraît appropriée.

3. La représentation par le juge

[67] Reste à considérer la représentation des binettes dans les jugements. Lorsqu'elles ne sont pas pertinentes à un passage qui, lui, mérite d'être reproduit, une indication « émoticônes non reproduites » ou « émojis omis » pourrait suffire¹¹¹. Lorsqu'elles le sont, il appartiendra au tribunal de choisir la manière de les refléter. Il pourra la décrire, suivant la des-

¹¹⁰ *United States v Ross William Ulbricht*, transcription de l'audience devant l'honorable Katherine B Forrest, (13 janvier 2015) New York, NY, dossier 14 Cr 68 (KBF) aux pp 8–10, 286–87, en ligne : *Silk Road* <antilop.cc> [perma.cc/P4X3-L39Q].

¹¹¹ Voir par ex *R v GL*, *supra* note 90 au para 60; *Côté c Normand*, *supra* note 90 au para 136.

cription du standard Unicode ou selon l'intention constatée, ou encore, les reproduire.

[68] En ce qui concerne les descriptions, on prendra garde à la connotation : si l'émoji qui « rit aux larmes » est bel et bien un « émoji qui pleure », il a pourtant une connotation positive¹¹². De même, décrire l'émoji du « smiling poop » comme d'un émoji « depicting excrement »¹¹³ perd beaucoup de la légèreté que les utilisateurs auront souvent voulu communiquer. Notons également qu'il peut être nécessaire de décrire ou de reproduire une binette pour la lisibilité d'un échange, même si elle n'est pas déterminante. Cet échange, par exemple, laisse sur sa faim :

March 13, 2014 at 12:54:42 p.m. - Ms. Otokiti sends an emoji.

March 13, 2014 at 12:56:06 p.m. - G.H. writes: "What"

March 13, 2014 at 12:56:33 p.m. - Ms. Otokiti writes: "Yeah"

March 13, 2014 at 12:58:15 p.m. - G.H. writes: "What's the (emoji) face for"

March 13, 2014 at 1:00:08 p.m. - Ms. Otokiti writes: "Oh that was a mistake I was gonna use this (emoji)"¹¹⁴

[69] Quant à la reproduction, sur le plan technique, elle ne pose pas vraiment de problème avec les émoticônes, qui sont des signes typographiques disponibles depuis un clavier ordinaire. Elle peut également être accompagnée d'une description, par exemple :

Mr Elliott wrote: "Competing also means I may put a lot of time into something that helps no one if it isn't selected for 'political' reasons :-)." This last punctuation is common enough for me to take notice that it depicts a little face with a smile, a smiley face¹¹⁵.

voire, d'une description des composantes, puis d'une conclusion quant à la signification de leur combinaison :

¹¹² Voir *R v Ambrose*, 2015 ONCJ 813 au para 63 [*Ambrose*].

¹¹³ Une expression analogue est employée dans *Slogoski v Mullan*, 2015 BCSC 1810 au para 84. SwiftKey rapporte que l'émoji de l'étron souriant est utilisé au Canada plus que n'importe où ailleurs (« SwiftKey Emoji Report » (avril 2015) à la p 13, en ligne : *SwiftKey Blog* <blog.swiftkey.com > [perma.cc/S2NS-PKV7]). Les interprétations sont partagées quant à l'origine de cet émoji. Certains croient qu'il faut faire un rapprochement phonétique avec une expression japonaise pour « bonne chance » (voir Claire Marie Healy, « What does the stinky poop emoji really mean? » (12 mai 2015), en ligne : *Dazed* <www.dazeddigital.com> [perma.cc/6LZL-V9JA]). D'autres y voient un clin d'œil au personnage de Poop-boy dans le manga *Dr Slump* d'Akira Toriyama (voir Lauren Schwartzberg, « The Oral History Of The Poop Emoji (Or, How Google Brought Poop To America) » (18 novembre 2014), en ligne : *FastCompany* <www.fastcompany.com> [perma.cc/2BMN-GGLJ]).

¹¹⁴ *R v Otokiti*, 2017 ONSC 5940 au para 10.

¹¹⁵ *Elliott*, *supra* note 88 à la p 30.

The complainant was shown the text message from the accused [...]. It was suggested to the complainant that text did not call for a response but nevertheless, she texted to the accused “In bed now too... Could only find one cat, hopefully the other will come home soon ... Night:)”. The word night is followed by a colon and closed parenthesis commonly referred to as a “smiley face”¹¹⁶.

[70] Pour les émojis, s’agissant de combinaisons Unicode, en théorie, ils pourraient être entrés comme tels. Une des décisions répertoriées en présente un comme un caractère spécial : « À 17 h 50, le locataire écrit “Je fais une cession de bail sur mon 3½ et je prends le 4½ qui se lib[è]re dans le 4140 (...)”. Anne réplique OK par l’émoticône “👉” »¹¹⁷.

[71] Une autre insère plutôt les émojis dont il est question comme des images¹¹⁸, accompagnées d’une description assez précise qui reflète en partie le descriptif Unicode.

K.L.G.  JAN 25 AT 5:14 PM
[Two emoji faces with tears of joy]

Mr. R. *poke...
K.L.G. U mother fucker
Mr. R. Technically yes, because I have fucked mothers.
K.L.G. WTFFF 

Mr. R. [Five emoji faces, three with tears of joy and two with tears] Ha 119

[72] Si cette manière de faire a le désavantage d’empêcher l’emoji de constituer une clé de recherche même si les banques de données admettaient les caractères spéciaux (voir paragraphe 40), elle a toutefois l’avantage de montrer l’emoji exactement comme il se trouvait dans la preuve, ce qui, comme on le verra, n’est pas un acquis.

¹¹⁶ *Grant*, *supra* note 67 au para 56.

¹¹⁷ *Abdelli c Duval*, *supra* note 89 au para 14. Cette décision n’est pas rapportée sur Westlaw et Quicklaw.

¹¹⁸ Du moins sur CanLII (où les émojis sont reproduits en couleur comme des images individuelles) et sur Westlaw (où ils semblent chacun avoir été numérisés en noir et blanc). Pour sa part, Quicklaw affiche une numérisation de la page entière du jugement (voir *R v DCR*, *supra* note 89).

¹¹⁹ Voir *ibid.* Pour des affaires procédant de la même manière ailleurs dans le monde, voir par ex *Dahan v Shacharoff*, n° 30823-08-16 (cour des petites créances, district d’Herzliya, Israël), traduction par Eric Goldman, en ligne : *Santa Clara University Faculty of Law* <law.scu.edu> [perma.cc/C2YT-CYSU]; *State v Shepherd*, 2017-Ohio-328 au para 30, n 2, 81 NE (3d) 1011, en ligne : *Justia* <law.justia.com/cases> [perma.cc/768W-REC9].

B. Difficultés d'interprétation

[S]’il y avait toujours accord entre les Philosophes sur la signification des mots, ce serait la suppression de presque toutes leurs controverses.

René Descartes, *Règles pour la direction de l’esprit* (1628)¹²⁰

[73] En effet, lorsque l’on considère l’emoji lui-même, il faut s’assurer que celui qui a été reçu est bien celui qui a été communiqué et sans doute est-ce là la principale difficulté de preuve à laquelle pourront être confrontés les tribunaux. S’il y a lieu au bout du compte de considérer l’intention (sous-section 3, ci-dessous), d’autres obstacles, notamment techniques (sous-section 1, ci-dessous) et sémantiques (sous-section 2, ci-dessous), sont susceptibles de se dresser sur la route de l’interprète, qui sont abordés ici tour à tour.

1. Difficultés techniques : les défis de l’interopérabilité

[74] Quoi qu’elle ne soit pas inexistante pour les émoticônes — dans une affaire par exemple, le défendeur prétendait que, là où la majorité des gens sourient avec une parenthèse et les deux-points :), lui utilisait toujours le point-virgule ;), ce que d’aucuns considèrent plutôt être un clin d’œil¹²¹ —, la question se pose avec une acuité particulière en ce qui concerne les émojis pour qui il existe un risque « technique » qui ne se pose pas avec les émoticônes.

[75] Les émoticônes, en effet, sont *une série* de caractères typographiques. Par contraste, si les émojis se présentent comme *une unité* graphique, il se cache derrière chacun un code hexadécimal et un barème graphique, déterminé par le consortium Unicode (voir paragraphe 19). Comme on l’a vu, si le codet et son barème sont les mêmes pour tous, chaque système d’exploitation est libre du rendu. Or, ce qui est communiqué d’une plateforme à l’autre, c’est le codage, de sorte que ce que l’on peut voir sur l’appareil destinataire pourrait différer de ce qui a été envoyé par l’appareil destinataire.

[76] Pour certains émojis, la différence est minime : « U+1F602 face with tears of joy », par exemple, possède un rendu assez semblable d’une plateforme à l’autre :

¹²⁰ Traduit par Jean Sirven, Paris, Librairie philosophique J Vrin, 2003 à la p 100.

¹²¹ Voir *Dix v The Twenty Theatre Company*, 2017 HRTO 394 au para 45 [*Dix*].

Apple iOS 11.3	Google Android 8.1	Microsoft Windows 10	Samsung Experience 9.1	Twitter Twemoji 2.7	Facebook 2.2.1
					

De même, les variations qui peuvent exister entre « U+1F937 shrug », « U+2696 scale », « U+1F4C5 calendar » ou « U+1F468, U+200D, U+1F4BB man technologist » risquent peu d'entraver ou d'altérer le sens :

Apple iOS 11.3	Google Android 8.1	Microsoft Windows 10	Samsung Experience 9.1	Twitter Twemoji 2.7	Facebook 2.2.1
					
					
					 ¹²²
					 ¹²³

¹²² Le 17 juillet est donné comme la « journée mondiale de l'émoji » précisément à cause de cet émoji (la date du 17 juillet, elle, correspond à l'introduction du iCal chez Apple) (voir « World Emoji Day » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : *World Emoji Day* <worldemojiday.com> [perma.cc/G7NT-EJ3Y]. Voir aussi John Bowman, « Why World Emoji Day is super confusing » (17 juillet 2015), en ligne : *CBC News* <www.cbc.ca/news> [perma.cc/M4Y7-BTG2]).

¹²³ Cet exemple n'est pas innocent. On a dit que le consortium Unicode n'acceptait pas d'intégrer les marques de commerce aux émojis (voir *supra* note 57 et texte correspondant) : rien n'empêche toutefois les designers d'intégrer la leur dans le rendu d'un codet donné.

[77] Pour d'autres émojis toutefois, la variation est considérable et le risque de problèmes d'interprétation est évident. On considérera la situation suivante : arrivant dans la cuisine, une personne y découvre un lot d'odorantes tartes aux pommes. Elle écrit, depuis son appareil Microsoft Windows 10 :

J'arrive dans la cuisine : 

[78] Les commissures vers le haut, le message semble assez positif : « J'ai bien hâte d'en manger ». Sauf que l'émoji « U+1F924 drooling face » a un tout autre rendu sur l'appareil du destinataire, un HTC Sense 8.0, qui reçoit plutôt :

J'arrive dans la cuisine : 

ce qui suggère qu'un dégât est survenu, par exemple, la gourmandise d'un animal de compagnie.

[79] Autre exemple :

Apple iOS 11.3	Google Android 8.1	Microsoft Windows 10	Samsung Experience 9.1	EmojiOne	Facebook 2.2.0
					

[80] Si Google, Microsoft et Facebook paraissent avoir la même interprétation de « U+1F92D smiling face with smiling eyes and hand covering mouth », comme d'un visage qui rit sous sa cape, l'émoji d'Apple semble plutôt avoir oublié quelque chose, celui d'EmojiOne, couvrir un bâillement et celui de Samsung, se pincer le nez pour ne pas éternuer.

[81] Si ces émojis-là portent à confusion, d'autres portent plutôt à controverse. Comparer ces deux « U+1F46F people with bunny ears » :

Apple iOS 11.3	Samsung Experience 9
	

[82] Là où Apple (et bien d'autres) suggère deux femmes avec des oreilles de lapin et un justaucorps qui rappelle les *playboy bunnies*, il en va tout autrement chez Samsung, chez qui les visages humains ont en principe des traits enfantins.

[83] Les exemples sont aussi nombreux que viraux¹²⁴. En 2014, les réseaux sociaux avaient fait des gorges chaudes du « U+1F49B yellow heart » de la première gamme d'émojis en couleur de Google : l'émoji, jusque-là représenté, comme un cœur blanc à pois noirs, était soudainement rendu comme un cœur rose doté de peu ragoûtants poils noirs¹²⁵. Ou encore, en 2017, les titulaires d'un appareil Samsung n'avaient pas vraiment pu prendre part à une campagne lancée pour la journée internationale du chocolat puisque, de toutes les plateformes, elle a été la seule à choisir d'illustrer « 🍪 U+1F36A cookie » avec des biscuits digestifs plutôt qu'avec des biscuits aux pépites de chocolat¹²⁶.

[84] L'exemple le plus politique des écueils de l'interopérabilité demeure sans aucun doute celui du « U+1F52B pistol ». En 2016, Apple décide que cet émoji sera désormais illustré par un pistolet à eau¹²⁷. Curieusement, à peu près à la même époque, Microsoft remplace le pistolet laser employé jusque-là par un revolver. On comparera l'impression que laisse le même message à travers les plateformes et le temps :

¹²⁴ Voir Bianca Bosker, « How Emoji Get Lost in Translation » (27 juin 2014), en ligne : *The Huffington Post* <www.huffingtonpost.ca> [perma.cc/2BS7-MR6L].

¹²⁵ Voir Matt Boch, « IMPORTANT PSA for iOS users: Sending a yellow heart to android users actually sends the dreaded HAIRY HEART EMOJI! » (30 avril 2014 à 06:42), en ligne : *Twitter* <twitter.com> [perma.cc/S7DL-KSZG].

¹²⁶ Voir Jeremy Burge, « Samsung Ruins Cookie Monster's Day » (12 juillet 2017), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org> [perma.cc/S23U-6LCR].

¹²⁷ Voir Apple, communiqué, « Apple adds more gender diverse emoji in iOS 10 » (1^{er} août 2016), en ligne : *Apple Newsroom* <www.apple.com/newsroom> [perma.cc/XVR7-5AFN].

Apple iOS 7 (2013)	Apple iOS 10.0 (2016)	Microsoft Windows 10 (2015)	Microsoft Windows 10.0 (2016)
On va au parc, amène ton	On va au parc, amène ton	The Universe is under no obligation to make sense to you ¹²⁸	The Universe is under no obligation to make sense to you
			

[85] Chez Apple, la première suggère, sinon le braquage¹²⁹, au moins la possession d'arme à feu¹³⁰; le second, une belle journée d'été au parc. Chez Windows, on passe de la conquête de l'espace à un message plutôt menaçant¹³¹. Qui mobilise l'imagination et qui les crimes contre la personne? Même, en combinaison avec d'autres émojis, la confusion ou la provocation peut s'aggraver. Considérer comment, avec le pistolet comme contexte, les « larmes de joie » peuvent tout à coup presque ressembler à des gouttelettes de sueur de malaise ou d'effroi :

Apple iOS 10.0 (2017)	Microsoft 10 (2017)
Tu vas passer un mauvais quart d'heure canaille	Tu vas passer un mauvais quart d'heure canaille
 	 

[86] Quoi qu'il en soit, la décision d'Apple d'utiliser un pistolet à eau a causé des remous : certains opérateurs ont immédiatement emboîté le pas, d'autres s'y sont formellement refusés, pour finalement faire front

¹²⁸ La citation est de l'astrophysicien et communicateur Neil deGrasse Tyson (*Astrophysics for People in A Hurry*, New York, WW Norton & Company, 2017 à la p 13).

¹²⁹ Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46 [Ccr], art 87(1).

¹³⁰ Voir Ccr, *ibid*, art 91(1).

¹³¹ Voir Ccr, *ibid*, art 264.1(1)(a).

commun; à partir de 2018, tous les systèmes d'exploitation illustreront cet émoji par un pistolet à eau¹³² :



133

[87] L'évolution graphique relève ainsi parfois d'un choix volontaire et politique. Dans d'autres cas, l'objectif est simplement de diminuer la confusion, entre les plateformes. Un exemple classique à cet égard est celui de « U+1F483 danser » : entre 2013 et 2015, les quatre principales plateformes téléphoniques offrent des personnages très différents; en 2018, toutes présentent une danseuse de flamenco, Samsung ayant même troqué son habituel visage enfantin :

¹³² Voir Jeremy Burge, « Google Updates Gun Emoji » (24 avril 2018), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org> [perma.cc/TS3Z-BTMR]; Margaret Rhodes, « Apple's New Squirt Gun Emoji Hides a Big Political Statement » (8 avril 2016), en ligne : *Wired* <wired.com> [perma.cc/PU4U-L6N4]. Voir aussi la déclaration de Microsoft sur le sujet : Microsoft, « We are in the process of evolving our emojis to reflect our values and the feedback we've received. Here's a preview: » (25 avril 2018 à 15:27), en ligne : *Twitter* <twitter.com> [http://perma.cc/D8AW-HAQW].

¹³³ Jeremy Burge, « All Major Vendors Commit to Gun Redesign » (27 avril 2018), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org/all-major-vendors-commit-to-gun-redesign> [perma.cc/LP5V-Q2BS].



134

[88] La convergence que l'on peut constater dans les versions les plus récentes des différents systèmes d'exploitation ne vide toutefois pas la question, car l'interopérabilité doit s'envisager sur deux axes : au plan synchronique, entre différentes plateformes, mais également au plan diachronique, pour une même plateforme, mais à travers le temps.

[89] À cet égard, vers 2016, une étude a été publiée, démontrant, sur une base empirique, que les utilisateurs trouvaient l'emoji « U+1F601 grinning face with smiling eyes » particulièrement difficile à décoder¹³⁵. Comparer :

Message envoyé depuis un appareil Google Android 7.0	Message reçu sur un appareil Apple iOS 6.0
Rencontre imprévue avec Claude 	Rencontre imprévue avec Claude 

[90] Au premier, on répondrait volontiers « Super, raconte »; au second, plutôt « Pauvre toi, que s'est-il passé? ». Apple, comme d'autres, a depuis redessiné l'emoji en question, marquant mieux la différence avec la « U+1F62C grimacing face » mais s'écartant d'un graphisme jusque-là plus proche de l'iconographie manga :

¹³⁴ Jeremy Burge, « 2018: The Year of Emoji Convergence? » (13 février 2018), en ligne (blogue) : <blog.emojipedia.org> [perma.cc/PF92-Q9DS]. Pour des conjectures quant à la variété à l'origine, voir Goldman, *supra* note 79 aux pp 48–50.

¹³⁵ Voir Miller et al, *supra* note 8 à la p 264.

Apple iOS 11.3 (grinning)	Apple iOS 6.0 (grinning)	Apple iOS 6.0 (grimacing)	Manga
			 136

[91] À cette harmonisation volontaire, il faut ajouter des phénomènes de convergence propres à certains modes de communication. Les fonctions d'accessibilité et de synthèse vocale des téléphones et des ordinateurs, par exemple, qui permettent à l'appareil de « parler » le texte écrit n'admettent qu'une signification pour chaque émoji, qui peut différer de celle du standard Unicode. Par exemple, la version française d'iOS 6.0 ne semble pas marquer la différence entre « 😭 U+1F622 crying face », qui n'a qu'une larme à l'œil et « 🗣️ U+1F62D loudly crying face » qui pleure pourtant à chaudes larmes, puisque l'un et l'autre sont énoncés comme un « visage en pleurs »¹³⁷. En outre, pour les messages textes, la plupart des opérateurs proposent désormais des remplacements¹³⁸. Si certaines sont littérales — le remplacement des mots « dragon » ou « lion » par un émoji de ces animaux —, d'autres supposent des associations précises : sur Apple, six émojis sont proposés pour « joyeux anniversaire ». Ces associations parfois divergent du descriptif de l'Unicode : Apple proposerait ainsi de remplacer « hug » et « jazz hands » par le même émoji, décrit comme « hugging face » par l'Unicode¹³⁹.

[92] Par ailleurs, d'autres modes de communication pourraient permettre de dégager des tendances associatives. La concentration de certains émojis permettrait-elle à Facebook d'identifier des comptes susceptibles d'afficher des discours haineux¹⁴⁰? Y a-t-il des émojis propres aux

¹³⁶ Akira Toriyama, *Dr. Slump* (1985), t 1, traduit par Anthony Prezman et Satoko Fujimoto, Glénat, 2009 à la p 15.

¹³⁷ Un autre exemple est donné *supra* note 40. Pour les difficultés que cela peut causer pour les personnes avec des déficiences visuelles, voir *infra*, note 163.

¹³⁸ Voir Hess, « Hands Off my Smiley Face », *supra* note 58.

¹³⁹ Voir Nina Godlewski, « Jazz Hands or Hugging Emoji? Here's What Elon Musk Thinks », *Newsweek* (7 mars 2018), en ligne : <newsweek.com> [perma.cc/L9EP-SR8C].

¹⁴⁰ Voir Sean Wolfe, « A Leaked Document Shows Which Emoji Facebook Associates with Site Violations », *Business Insider* (7 juin 2018), en ligne : <www.businessinsider.com> [perma.cc/HVA2-Q2VX].

tweets des gangs de rue¹⁴¹? Que peut-on dégager de l'utilisation des émojis dans les mots-clics d'Instagram¹⁴²? Par exemple, depuis quel pays utilise-t-on le plus l'émoji de la balance (⚖️)? Y a-t-il une différence dans les images publiées avec #👮🏻 et #👮🏿 qui permettrait de lancer une étude sur la perception de la justice?

[93] L'avènement des agents conversationnels (les *chatbots* qui émulent les réponses d'utilisateurs humains) pourrait également accroître ou populariser certaines associations¹⁴³ : quelle responsabilité pour leur concepteur¹⁴⁴? On pourrait encore, à la rigueur, compter sur la publicité du monde réel, dont la répétition pourrait finir par conférer un sens précis à certains émojis¹⁴⁵.

[94] Mais quel sera ce sens commun?

2. Difficultés sémantiques : les défis du sabir

[95] Encore ici, certains écueils méritent d'être soulignés, de trois ordres : proprement graphique, sémantique et grammatical.

¹⁴¹ Voir Lakshika Balasuriya et al, « Finding Street Gang Members on Twitter », IEEE/ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining, présenté à San Francisco, Californie, 18–21 août 2016 [non publié] à la p 689, en ligne : *Institute of Electrical and Electronics Engineers Xplore Digital Library* <iee-explore.ieee.org>.

¹⁴² Voir Instagram Engineering, *supra* note 63; Rebecca A Berels, « Take Me Seriously: Emoji as Evidence » (2017) [non publié] aux pp 11–12, en ligne (pdf) : *Digital Commons at Michigan State University College of Law* <digitalcommons.law.msu.edu> [perma.cc/CTG6-UP8W].

¹⁴³ Voir Peijun Zhao et al, « Analyzing and Predicting Emoji Usages in Social Media », The Web Conference, tenue à Lyon, 23–27 avril 2018 à la p 327, en ligne (pdf) : *Tsinghua University* <www.tsinghua.edu.cn> [perma.cc/BCR7-ESAZ]; Cara Rose DeFabio, « Instagram Hashtags Could Be The Best Guide To Emoji Meaning We've Ever Had » (1^{er} mai 2015), en ligne : *Splinter* <splinternews.com> [perma.cc/3WUJ-4JHN]. Voir aussi Stark et Crawford, *supra* note 17 à la p 6.

¹⁴⁴ Sur la responsabilité civile des robots au Québec, voir Sandra Oliveira, *La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2016 [non publié], en ligne (pdf) : <papyrus.bib.umontreal.ca> [perma.cc/2FQN-UBYY]. Voir aussi Nicolas Vermeys, « La responsabilité civile du fait des agents autonomes » (2018) 30:3 CPI 851; Peter M Asaro, « A Body to Kick, but Still No Soul to Damn: A Legal Perspective on Robotics » dans Patrick Lin, Keith Abney et George A Bekey, dir, *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, Cambridge (MA), MIT Press, 2012, 169.

¹⁴⁵ Emogi Research Team, *supra* note 57 aux pp 17–21. Voir aussi *Brandwatch*, *supra* note 60.

a. *Difficultés graphiques*

i. Visuel incertain

[96] Certains émojis sont simplement difficiles à comprendre : s'il a été redessiné depuis, l'émoji du téléphone cellulaire en mode vibration, très mal compris dans ses premières versions, a été utilisé comme synonyme de sextage ou d'utérus¹⁴⁶. Encore aujourd'hui, on peut prendre la crème caramel pour un chapeau ou le signe astrologique du taureau pour une bague de fiançailles¹⁴⁷. En ce qui concerne ce dernier, la difficulté est moindre pour l'émetteur du message. La palette des émojis se présente en effet en plusieurs catégories, visages, sports, nourriture, symboles : parmi d'autres symboles astrologiques moins équivoques, celui du taureau serait sans doute reconnu pour tel. Le destinataire du message, toutefois, ne bénéficie pas de ce contexte.

Apple iOS 6.0	Apple iOS 11.3	Microsoft X	Google Android 4.4
			

ii. Petite taille

[97] Les émojis sont de petites images. Consultées depuis un écran de téléphone cellulaire ou un appareil avec une faible résolution, par exemple, il est possible qu'elles soient difficiles à percevoir, voire illisibles. On prendra ainsi facilement le signet pour une étiquette de prix ou confondra la fée de Facebook avec un papillon et certains insectes entre eux. Dans l'hypothèse d'un contrat formé par échange de messages textes, pourrait-on plaider la clause illisible¹⁴⁸ ou l'erreur¹⁴⁹?

[98] Plusieurs opérateurs reconnaissent d'ailleurs la difficulté et les systèmes d'exploitation, dans leurs versions plus récentes, grossissent souvent les émojis envoyés seuls, en paire ou en triade, lorsqu'ils ne sont pas accompagnés de texte.

¹⁴⁶ Voir Sylvan Lane, « How to Use the 7 Least Popular Emoji » (20 août 2014), en ligne : *Mashable* <mashable.com> [perma.cc/BG2Y-YRB9].

¹⁴⁷ Voir généralement Kirley et McMahon, *supra* note 25 à la p 24.

¹⁴⁸ Voir art 1432 CcQ.

¹⁴⁹ Voir art 1400 CcQ.

[99] Cela posé, certains utilisateurs jouent avec ces difficultés. Ainsi, comme il n’y a pas de drapeau du Québec dans les palettes Unicode, plusieurs emploient plutôt le drapeau de la Martinique, lui aussi composé d’une croix blanche sur fond bleu et ce, parce que les serpents fer-de-lance du pavillon martiniquais sont si petits sur un téléphone qu’on peut croire y voir plutôt les fleurs de lys du drapeau québécois¹⁵⁰.

iii. Polysémie

[100] La taille des caractères vient également exacerber une difficulté de la nature de la polysémie. Car plusieurs émojis se ressemblent, particulièrement ceux « à visage humain ». Unicode en prévoit ainsi une quinzaine de visages souriants¹⁵¹. Pour qui connaît sa palette d’émojis sur le bout des doigts ou à qui prendrait le temps de consulter chacun des visages qui y figurent, quatre émojis s’offriraient pour « tirer la langue »¹⁵², mais à prendre le premier qu’on y apercevrait, on pourrait facilement confondre « lol » et « miam » sur son appareil Android 8.1 :

			
U+1F61B face with tongue	U+1F60B face savoring food	U+1F61D squinting face with tongue	U+1F61C winking face with tongue

¹⁵⁰ Voir par ex la pétition d’Antoine Girard pour que l’Unicode adopte un tel drapeau : « Un emoji pour le drapeau du Québec! » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : Change.org <www.change.org> [perma.cc/WR94-63N5].

¹⁵¹ Vingt si on compte les sourires de chat et celui du soleil : 😊 Smiling Face With Smiling Eyes; 😏 Slightly Smiling Face; 😄 Smiling Face With Halo; 😁 Grinning Face With Smiling Eyes; 😆 Beaming Face With Smiling Eyes; 😎 Smiling Face With Sunglasses; 😊 Smiling Face; 😄 Grinning Face With Big Eyes; 😗 Kissing Face With Smiling Eyes; 😠 Smiling Face With Horns; 😏 Grinning Squinting Face; 🙄 Face With Hand Over Mouth; 😍 Smiling Face With Heart-Eyes; 😓 Grinning Face With Sweat; 😊 Smiling Face With 3 Hearts; 😺 Cat Face With Wry Smile; 😸 Grinning Cat Face With Smiling Eyes; 😼 Grinning Cat Face; 😻 Smiling Cat Face With Heart-Eyes; 🌞 Sun With Face.

¹⁵² Les images sont tirées de l’interface Android 8.1 de Google.

[101] La distinction est encore plus difficile à faire lorsque l'on considère la taille des émojis : sans doute en très gros peut-on déduire que la perle de sueur et d'inconfort se trouve plus proche de la tempe du visage (😓😓😓, « 😓 U+1F625 disappointed but relieved face »), que la larme est plus proche du coin de son œil (😭😭😭, « 😭 U+1F622 crying face »), et la bulle du dormeur plus près de son nez, mais à moins de 30 pixels² (😴😴😴, « 😴 U+1F62A sleepy face »), même côte à côte, on s'y méprend facilement¹⁵³.

[102] L'ambiguïté inhérente à la polysémie est particulièrement importante pour les émojis anthropomorphiques¹⁵⁴. Ici, certains développeurs ont présenté des applications qui permettent d'animer un emoji préconfiguré de manière à refléter les expressions faciales de l'utilisateur, captées par la caméra de l'appareil en temps réel, ou dépassant alors tout à fait le guide Unicode, de convertir une courte vidéo de l'utilisateur en binette animée¹⁵⁵. Pour certains, c'est là la clé d'une transmission plus juste des intentions réelles¹⁵⁶; pour d'autres, toutefois, les représentations « normativement codées » que sont les émojis présentent un net avantage sur le « vrai monde », alors que les études suggèrent que lire les visages demeure un exercice malaisé pour plusieurs¹⁵⁷.

[103] Il faut également compter avec le fait que le nombre d'émojis ne cesse de croître, de sorte qu'un utilisateur pourrait utiliser un emoji qu'il sait n'être pas tout à fait le bon, faute de mieux, d'abord, puis continuer à

¹⁵³ D'autres paires facilement confondues : « 😓 U+1F629 weary face » et « 😓 U+1F62B tired face », deux émojis qui présentent une bouche ouverte, les commissures vers le bas; « 😓 U+1F614 pensive face » et « 😓 U+1F61E disappointed face », deux émojis à la bouche renversée ou, loin des visages; « 🐭 U+1F401 mouse » et « 🐭 U+1F400 rat », la souris est blanche et le rat est gris; ou « 📌 U+1F516 bookmark » et « 🏷 U+1F3F7 label », qui représentent chacun un morceau de carton avec une cordelette, le signet généralement avec du rouge, l'étiquette généralement plutôt dans les tons beiges.

¹⁵⁴ Voir Goldman, *supra* note 79 aux pp 23–27; Kirley et McMahon, *supra* note 25 à la p 541; Tigwell et Flatla, *supra* note 8; Elian G Stamatov, *Do emoji use a grammar? Emergent structure in non-verbal digital communication*, mémoire de maîtrise en sciences de la communication et de l'information, Tilburg University, 2017 [non publié], en ligne (pdf) : *Tilburg University* <arno.uvt.nl> [perma.cc/9QYF-YUXK].

¹⁵⁵ Voir Apple, « Use Animoji on your iPhone X and iPad Pro » (26 mars 2019), en ligne : *Apple Support* <support.apple.com> [https://perma.cc/DCV5-L2R7]; Samsung, « AR Emoji: Turn your selfie into an emoji and watch your messaging come alive » (dernière consultation le 31 mai 2018), en ligne : *Samsung* <www.samsung.com> [perma.cc/FC6D-AGKF].

¹⁵⁶ Voir Alshenqeeti, *supra* note 13 à la p 60.

¹⁵⁷ Voir Junichi Azuma, « Graphic Emoticons as a Future Universal Symbolic Language » dans Aline Remael, Pilar Orero et Mary Carroll, dir, *Audiovisual Translation and Media Accessibility at the Crossroads*, Amsterdam, Rodopi, 2012, 61 à la p 70.

le faire par habitude, même s'il existe désormais un nouvel émoji précisément pour ce qu'il cherchait à l'origine¹⁵⁸. Il pourrait en être ainsi d'une personne qui, devant un répertoire qui, en 2011, ne contient pas d'émoji posant son doigt sur sa bouche pour indiquer le silence, aurait commencé pour intimer à ses interlocuteurs de se taire, à utiliser l'émoji sans bouche (« 😊 U+1F636 face without mouth »), et qui continuerait à le faire bien qu'il existe depuis 2018 l'émoji espéré à l'origine (« 🙊 U+1F92B face with finger covering closed lips »). Certains rapportent également que les émojis des trois singes mystiques (« ne pas voir le mal », « ne pas entendre le mal », « ne pas dire le mal ») sont parfois employés pour désigner des personnes malvoyantes, malentendantes ou muettes¹⁵⁹, à défaut d'émojis représentant ces handicaps¹⁶⁰.

iv. Controverses et détournements

[104] Ensuite, certains émojis portent à controverse. Pour certains, c'est que l'interprétation est partagée; pour d'autres, c'est que le sens a été détourné¹⁶¹.

[105] Même s'il existe un descriptif sur l'Unicode, y accéder requiert un effort important de la part de l'utilisateur, tout à l'inverse de la rapidité qui est la marque des communications électroniques. Les dictionnaires et encyclopédies électroniques consacrées au phénomène¹⁶² posent le même problème et, malgré l'enthousiasme ou les efforts de leurs auteurs, leur qualité est parfois variable¹⁶³. Quant aux « énonciations » que propo-

¹⁵⁸ Voir Goldman, *supra* note 79 à la p 16. Voir généralement Virginie Béjot, *Qu'est-ce que l'emoji veut « dire »? : Des imaginaires à la boîte noire : analyse d'un objet trivial sous tensions*, mémoire de master professionnel en médias et communication, Université Paris-Sorbonne, 2015 [non publié] aux pp 69 (sur la polysémie), 54 (sur l'enjeu foucauldien de « normalisation »).

¹⁵⁹ Voir Christoph Päper, « Proposal for new emoji: Do-No-Evil Monkey » (dernière modification le 8 juillet 2017), en ligne : *Crissov* <crissov.github.io/unicode-proposals> [perma.cc/NNH3-QNNR]; « Speak-no-evil monkey » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : *Unemoji* <www.unemoji.com> [perma.cc/72EU-V2EB].

¹⁶⁰ Apple a toutefois proposé à l'Unicode d'inclure des émojis à cette fin dans la prochaine version (voir « Proposal For New Accessibility Emoji » (mars 2018), en ligne (pdf) : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/TUH4-KRXC]).

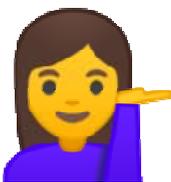
¹⁶¹ Un débat qui alimenterait une version 2.0 du *Cratyle* de Platon.

¹⁶² Voir par ex *Emojipedia* (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : <www.emojipedia.org> [perma.cc/3AR3-XC3G]; « The Emoji Dictionary » (dernière consultation le 1^{er} juillet 2018), en ligne : *Emoji Foundation* <emojifoundation.com> [perma.cc/YR2-SS63]; « Emoji » (dernière consultation le 11 juillet 2019), en ligne : *Dictionary.com* <www.dictionary.com/e/emoji> [perma.cc/C3ND-Q4PB].

¹⁶³ Voir notamment Goldman, *supra* note 79 à la p 18.

sent certains concepteurs dans les fonctions de synthèse vocale et d'accessibilité, elles ne peuvent rendre qu'une seule signification¹⁶⁴.

[106] Quatre émojis pour illustrer différentes controverses :

Emojidex 1.0.34	Samsung Experience 9.1	Google Android 8.1	Apple iOS 11.3
			

[107] D'abord, les mains jointes, dont le descriptif Unicode est « U+1F64F person with folded hands » sont utilisées tantôt pour remercier quelqu'un, tantôt pour montrer la prière, tantôt encore pour un « tape-m'en cinq » (*high five*), ce geste de victoire qui consiste à présenter sa paume ouverte et levée, pour qu'une autre personne vienne y frapper la sienne¹⁶⁵. On peut facilement imaginer une situation où la question de savoir si une personne a participé à une infraction ou l'a simplement encouragée dépend de ce que l'on considère cet emoji comme suggérant le remerciement ou plutôt la connivence.

[108] Les petites mains du bonhomme souriant, ensuite, sont la manière dont plusieurs plateformes ont choisi de rendre le descriptif Unicode « U+1F917 hugging face ». L'emoji toutefois ne semble pas uniformément compris ainsi. Ainsi, si la majorité des gens d'entre 25 et 44 ans y voit en effet un câlin, il s'agit plutôt pour leurs aînés et leurs cadets d'un « c'est cool, pas de stress »¹⁶⁶. Certains, artistes dans l'âme sans doute, y voient

¹⁶⁴ Voir Osas Obaiza, « Make Your iPhone Tell You the Secret Meaning of Emojis » (29 septembre 2015), en ligne : *Gadget Hacks* <ios.gadgethacks.com> [perma.cc/2MTH-983B]; Ouch: Disability Talk, « How Do Blind People See Emojis? » (24 octobre 2015), en ligne (balado) : *BBC* <www.bbc.co.uk/sounds> [perma.cc/4TX6-9PRY].

¹⁶⁵ Le rappeur Drake, auteur de la chanson « 6 God » et qui a sur l'avant-bras intérieur gauche un tatouage du chiffre six et de mains jointes, a pris position sur la question depuis son compte Instagram (voir champagnepapi, « @dr_woo_ssc had to level up the 6 God piece. Thank you 🙌 » (7 octobre 2015), en ligne : *Instagram* <www.instagram.com/champagnepapi> [perma.cc/J4Q4-K62S]). Voir généralement Catherine A Moore, « Emoji as Visual Literacy » (26 mai 2017), en ligne : *Medium* <medium.com> [perma.cc/4P9W-H9MN].

¹⁶⁶ Voir Rachel Oaks, « Are Emojis Really the Universal Language of the Internet? » (9 juillet 2018), en ligne : *HighSpeedInternet.com* <www.highspeedinternet.com> [perma.cc/F93G-LVRG].

encore les « mains de jazz », mouvement d'un interprète vers le public, les avant-bras tendus, les doigts écartés et frémissants vers le public¹⁶⁷.

[109] La dame à la main levée à la hauteur des yeux, quant à elle, est largement, sinon exclusivement, employée comme l'effrontée (la « sassy girl »), celle qui est « simplement fabuleuse » et un brin impertinente. En théorie, pourtant, il s'agit de la « U+1F481 information desk person »¹⁶⁸. Évidemment, le phénomène de détournement n'est assurément pas propre aux émojis, le terme « circassien », par exemple, n'est à l'origine et au plan étymologique, que l'adjectif éponyme d'un peuple du Caucase; depuis une dizaine d'années toutefois, il est employé, faute d'autre terme, pour signifier « relatif au cirque ».

[110] Les émojis connaissent parfois deux sens, l'un littéral, l'autre figuré. Une personne peut ainsi employer l'image de vernis à ongles pour signifier qu'elle a une nouvelle manucure ou affirmer un sentiment de supériorité esthétique; l'émoji connote également à l'occasion la nonchalance¹⁶⁹ : l'employer en réponse à une consigne de son supérieur au travail pourrait ainsi constituer une forme d'insubordination au travail¹⁷⁰. Encore ici, le phénomène n'est pas propre aux émojis : les « pépins » sont certes les graines des fruits, mais ce sont également des « ennuis ».

[111] Ces exemples sont plutôt bien établis, mais il faut encore compter avec les codes idiosyncrasiques qu'une personne ou qu'un groupe aurait pu créer : la crevette pour signifier qu'une personne entendait passer une journée douillette, le « OK » japonais (les bras encadrant la tête) pour annoncer l'heure d'un cours de zumba ou celle des moais — ces mystérieuses statues de l'Île de Pâques — par un couple pour marquer avec connivence toute absurdité prononcée par un tiers en leur présence¹⁷¹.

¹⁶⁷ Voir Godlewski, *supra* note 139.

¹⁶⁸ Voir Megan Logan, « We're All Using These Emoji Wrong » (21 mai 2015), en ligne : *Wired* <www.wired.com> [perma.cc/878M-72XR]. Les paramètres d'accessibilité d'Apple iOS la décrivent comme une « guichetière ».

¹⁶⁹ Pour une ode à cet émoji, voir Alexander Abad-Santos et Allie Jones, « The Five Non-Negotiable Best Emojis in the Land » (26 mars 2014), en ligne : *The Atlantic* <www.theatlantic.com> [perma.cc/HQR3-M9E2].

¹⁷⁰ Voir Peter T Tschanz, « Emoji-gosh! How Emojis in Workplace Communications Can Spark A Lawsuit (Or Make It Harder To Defend One) » (20 novembre 2015), en ligne (blogue) : *Lexology* <lexology.com> [perma.cc/ETY9-78ZQ].

¹⁷¹ Voir Sarah Wiseman et Sandy JJ Gould, « Repurposing Emoji for Personalised Communication: Why 🍷 means "I love you" » dans *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, tenue du 21 au 26 avril 2018 à Montréal, Document No 152, en ligne : *University of Birmingham Research Portal* <research.birmingham.ac.uk> [perma.cc/5VGN-V5MZ]. Voir aussi Adam Sternbergh, « Smile, You're Speaking Emoji: The Rapid Evolution of Emoji, a Wordless Tongue » (16

Dans deux affaires au moins, le tribunal rapporte la signification qu'un utilisateur donne — seul — à ses propres émoticônes, sans toutefois que cela soit à lui seul déterminant¹⁷².

b. Difficultés interculturelles et interlinguistiques

[112] L'emoji, rappelons-le, vient du Japon, avec ses codes culturels. Ces trois émojis ont, à première vue, une signification bien différente selon que l'on se trouve au Québec ou au Japon : soupe aux pois, igloo et cône de construction ou gobelet de thé, *onigiri* et tour de Tokyo?

Apple iOS 11.3	Samsung Experience 9.1	Facebook 2.2.0
	 173	

[113] En outre, comme nous l'avons déjà évoqué, plusieurs émojis sont construits selon les codes visuels de l'univers manga (il en va de même pour les kaomojis, moins pour les émoticônes). Alors que, dans les dessins animés et bandes dessinées franco-belges, le ronfleur émet la lettre « z » à répétition¹⁷⁴ ou voit sa tête surmontée d'une bûche, au Japon, il a plutôt

novembre 2014), en ligne : *New York Magazine* <nymag.com> [perma.cc/BH4F-NSU7] (sur la crevette); Goldman, *supra* note 79 aux pp 19–20 (sur les moais).

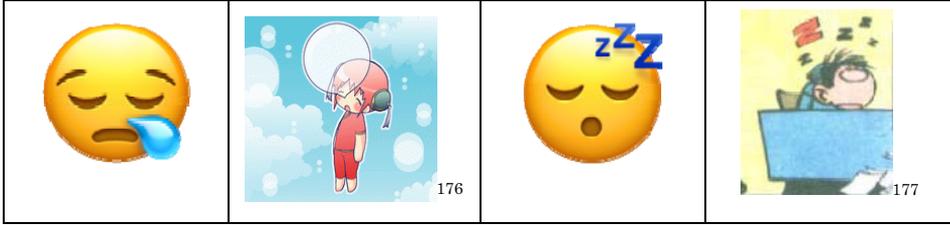
¹⁷² Voir par ex *R v GH*, 2017 ONCJ 956 aux para 58, 173–74, 177 (où la plaignante a conclu un message texte à une personne accusée de l'avoir agressée sexuellement quelques jours plus tôt avec un emoji d'un visage soufflant un cœur). Le tribunal conclut au paragraphe 177 :

Quite frankly the fact that the complainant sent the text message with the kissing emoji to the defendant did not factor in my assessment of the complainant's credibility. [...] The argument that "someone who had just been the victim of sexual assault would not have sent a text like that" was flawed and based on impermissible assumptions and reasoning as per the case law.

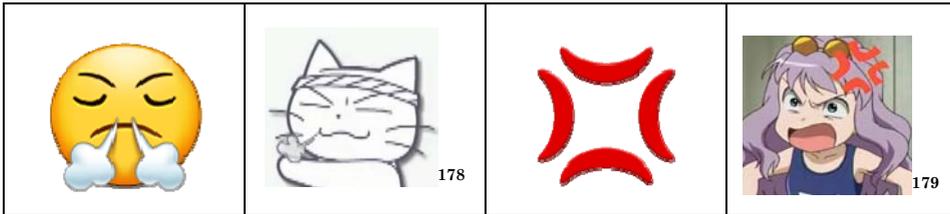
¹⁷³ Sur le nombre élevé de mets japonais dans la palette des émojis, voir Laura Oliver, « A Brief History Of Food Emoji: Why You Won't Find Hummus On Your Phone » (28 décembre 2016), en ligne : *NPR* <www.npr.org> [perma.cc/EZ9M-5JBL].

¹⁷⁴ On trouve également un emoji en ce sens : U+1F634 sleeping face.

tendance à produire des bulles par le nez¹⁷⁵. Et c'est exactement ce que fait l'emoji « U+1F62A sleepy face ».



[114] De manière analogue, francophones ou anglophones auraient sans doute tendance à voir un signe d'exaspération ou un long soupir dans cet emoji — proche de la « moutarde qui monte au nez » ou de la « *steam coming out of one's ears* » — alors que les codes mangas y voient plutôt la morgue ou le dédain d'une courte *inspiration* nasale, ce que reflète le descriptif Unicode, soit « U+1F624 face with look of triumph »¹⁸⁰. La colère est plutôt représentée par la « veine de la rage » dans l'univers manga, quatre croissants rouges adossés (« U+1F4A2 anger symbol »), qui doivent rappeler les veines saillant du front d'une personne outrée ou qui fulmine¹⁸¹.



¹⁷⁵ Voir Leber-Cook et Cook, *supra* note 28 à la p 31. Voir aussi John M Kelly, « Emojiology: 😴 Sleepy Face » (1^{er} mars 2018), en ligne (blogue) : *Emojipedia* <blog.emojipedia.org> [perma.cc/CK85-GNS7]; « PRI #294 Background: Emoji Glyph/Annotation Recommendations » (23 mars 2015), en ligne : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/4XBF-KDZ7] [Unicode, « PRI #294 Background »].

¹⁷⁶ Image tirée de « Snot Bubble » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : *TV Tropes* <tvtropes.org> [perma.cc/4DRQ-8XB4].

¹⁷⁷ Franquin, *Le lourd passé de Lagaffe*, Charleroi, Dupuis, 1986 à la p 43.

¹⁷⁸ Image tirée de Fake “Unicode.”, « 🐱 + 😴 » (15 mai 2018 à 15:47), en ligne : *Twitter* <twitter.com> [perma.cc/AME8-3ZU4].

¹⁷⁹ Image tirée de « Cross-Popping Veins » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : *TV Tropes* <tvtropes.org> [perma.cc/4FMR-S7B2].

¹⁸⁰ Voir Logan, *supra* note 168.

¹⁸¹ Voir Neil Cohn et Sean Ehly, « The vocabulary of manga: Visual morphology in dialects of Japanese Visual Language » (2016) 92 *J Pragmatics* 17 à la p 21.

[115] Les émojis ressortissant *a priori* à la culture japonaise sont nombreux¹⁸² : le salut révérencieux (« 🙇 U+1F647 person bowing deeply »), la fleur blanche qui y signifie qu'un devoir est excellent (« 🌸 U+1F4AE white flower »), la personne qui encercle son visage de ses bras qui y signifie « OK » (« 🙆 U+1F646 face with ok gesture ») ou le symbole qui représente les sources thermales (« 🌡️ U+2668 hot springs »). Les difficultés interculturelles ne se limitent pas à la signalétique ou aux codes culturels japonais : le cor postal est à peu près inconnu en Amérique, alors qu'en Europe, il symbolise encore largement le bureau de poste. De même, l'emoji d'un immeuble marqué d'un « H » représentera généralement l'hôpital, mais parfois aussi l'hôtel.

U+1F3E4 European post office sur Apple iOS 11.3	U+1F3E3 Ja- panese post of- fice sur Apple iOS 11.3	U+1F3E8 ho- tel sur Google Android 8.1	U+1F3E8 hospital sur Microsoft 10
			

Au-delà des cultures, certaines études suggèrent aussi que les mêmes émojis ne sont pas connotés ou compris selon les langues, voire les pays. Ainsi, si les émojis liés à la nourriture et à la musique semblent être utilisés avec uniformité à travers langues et cultures¹⁸³, d'autres ont des connotations particulières, propres à certaines régions du monde. Par exemple, l'emoji de soleil, en Russie, n'évoquerait pas tant une journée ensoleillée que précisément *la plage*¹⁸⁴, alors qu'au Royaume-Uni, c'est l'avion qui évoque cette plage, avec la vague et le soleil couchant, une as-

¹⁸² Voir aussi « PRI #294 Background », *supra* note 175; Bryan Lufkin, « Why there are so many Japanese emoji » (16 juillet 2018), en ligne : *BBC* <www.bbc.com> [perma.cc/36YB-H224]. Sur les enjeux industriels et le paradoxe des émojis face à « l'impérialisme ASCII », voir Bédot, *supra* note 158 aux pp 53 et s, et les sources qui y sont citées.

¹⁸³ Voir Barbieri et al, *supra* note 60 à la p 533.

¹⁸⁴ Voir Vincent Manilève, « Ne communiquer qu'avec des emojis est horrible (mais pas impossible) » (31 juillet 2015), en ligne : *Slate.fr* <www.slate.fr> [perma.cc/W6KF-D49N]. Voir généralement Xuan Lu et al, « Learning from the Ubiquitous Language: An Empirical Analysis of Emoji Usage of Smartphone Users » dans *UbiComp'16: Proceedings of the 2016 ACM International Joint Conference on Pervasive and Ubiquitous Computing*, New York, Association for Computing Machinery, 2016, 770.

sociation que ne font pas les utilisateurs méditerranéens au climat nettement moins pluvieux¹⁸⁵. Une étude suggère encore que l'emoji du salut de la main soit associé à ceux du voyage au Royaume-Uni, mais pas aux États-Unis¹⁸⁶. Ces divergences s'envisagent autant en thème qu'en version, c'est-à-dire qu'il faut à la fois considérer quels emojis les locuteurs d'une langue donnée sont le plus susceptibles d'utiliser pour représenter un sentiment ou un concept donné (par exemple, les arabophones présentent la plus forte utilisation des emojis de plantes et de fleurs; chez les francophones, c'est le cœur qui vient en première position¹⁸⁷) et considérer la signification que des locuteurs de différentes langues assignent à des emojis donnés : l'emoji de vernis à ongles, encore lui, n'aurait de connotation sexuelle que dans certaines régions arabophones¹⁸⁸. Encore, certains suggèrent que la montée en popularité fulgurante, sur Twitter, de l'emoji du signe du recyclage — ruban de Moebius présenté en trois flèches vertes — s'expliquerait par ce que, sa couleur verte étant celle de l'islam, plusieurs utilisateurs et applications l'ajoutent aux tweets de prières et d'invocations pour encourager la republication et le partage¹⁸⁹.

c. Jargons et sous-cultures

[116] Il faut en outre compter avec les jargons et sous-cultures. Au premier chef, sans doute, la culture d'Internet, avec ses abréviations et ses hyperboles¹⁹⁰, mais encore, le langage codé du sextage — plus de la moitié des décisions judiciaires portent sur des infractions à caractère sexuel, sans compter les décisions administratives (voir paragraphe 44) — et celui de la pègre.

[117] Quant aux messages à caractère sexuel, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails des substitutions conceptuelles, le fait est que

¹⁸⁵ Voir Barbieri et al, *supra* note 60.

¹⁸⁶ Voir *ibid* à la p 533. Voilà qui ne serait pas sans rappeler la « vérité au delà des Pyrénées, erreur au delà » de Blaise Pascal, *Pensées, fragments et lettres* (1670), t 2, Paris, Andrieux, 1844 à la p 126.

¹⁸⁷ Voir SwiftKey, *supra* note 113.

¹⁸⁸ Voir Marcel Danesi, *The Semiotics of Emoji: The Rise of Visual Language in the Age of the Internet*, Londres (R-U), Bloomsbury, 2017 à la p 31.

¹⁸⁹ Voir Matthew Rothenberg, « Why the Emoji Recycling Symbol is Taking Over Twitter » (15 novembre 2017), en ligne : *Medium* <medium.com> [perma.cc/6HN4-PSE8].

¹⁹⁰ Voir Lyriisa Barnett Lidsky et Linda Riedemann Norbut, « #I👊U: Considering the Context of Online Threats » (2018) 106:6 Cal L Rev 1885 aux pp 1907, 1912. Voir aussi Papadopoulos, *supra* note 96 aux para 40–41; Constantino Marcovecchio c *Communications Softel inc*, 2009 QCCRT 0128 aux para 56 et s; *Baglow v Smith*, 2015 ONSC 1175; *R v NW*, 2018 ONSC 774.

plusieurs émoticônes ont été imaginées à cette fin¹⁹¹ et que plusieurs émojis ont été détournés de leur sens premier au profit d'un imaginaire plus charnel, au premier chef l'aubergine et la pêche¹⁹². Les hôpitaux publics de New York ont d'ailleurs lancé une large campagne publicitaire pour sensibiliser les millénariaux à la résurgence des maladies vénériennes à l'aide de ces deux émojis¹⁹³. De même, le fabricant de préservatifs Durex milite activement pour l'introduction d'un émoji de condom, utilisant entre-temps l'aubergine et le parapluie dans ses campagnes de prophylaxie¹⁹⁴.

[118] Le champ lexical élaboré des drogues — autre sous-culture — s'est pour sa part presque frayé un chemin dans la jurisprudence canadienne. Dans ce domaine, c'est souvent la fonction lexicale ou de substitution qui sera mise de l'avant : comme il peut être question de « neige » ou de « diamant » pour de la cocaïne ou du crack, on peut employer un émoji de flocon de neige ou de diamant taillé. Dérivés de tranquillisants vétérinaires, la mescaline ou le PCP sont parfois désignés « horse » et, partant, peuvent facilement être transposés par l'émoji du cheval. Ce sont parfois les effets qu'on illustre : les émojis d'éclair et de cœur sont combinés pour des stimulants comme le MDMA ou l'ecstasy¹⁹⁵. La marijuana, fréquemment représentée par une feuille d'érable, demande un peu plus

¹⁹¹ On pensera ainsi au court-métrage *8=D*, 2017, réalisé par Charles-Alex Durand, Jonathan Larose et Philippe Morel.

¹⁹² Voir Amanda Hess, « Move Over, Banana: How the Eggplant Became the Most Phallic Food » (3 avril 2015), en ligne : *Slate* <www.slate.com> [perma.cc/H4DY-BB5H]. Voir aussi l'étude anonyme « Sexually Suggestive Emojis: Frequency of Sexually Suggestive and Flirtatious Emojis and Emoji Combinations on Twitter in the US and Europe » (dernière consultation le 18 novembre 2018), en ligne : *Zava* <www.zavamed.com> [perma.cc/SZ7B-3V7M]. Voir également Vyvyan Evans, *The Emoji Code: The Linguistics Behind Smiley Faces and Scaredy Cats*, New York, Picador, 2017 à la p 223, sur le fait que les utilisateurs des plateformes qui représentent l'émoji « U+1F635 dizzy face » avec des yeux en croix le rapprochent souvent de l'imaginaire du cinéma XXX, au contraire de ceux des plateformes où les yeux de cet émoji sont des spirales.

¹⁹³ La campagne d'avril 2017, intitulée « Need to Talk to Someone About "It"? », a remporté plusieurs prix (voir « NYC Health + Hospitals Wins Shorty Award for Innovative Use of Emojis to Promote Adolescent Sexual Health Care » (24 avril 2017), en ligne : *NYC Health Hospitals* <www.nychealthandhospitals.org> [perma.cc/TK56-3BW9]).

¹⁹⁴ Pour un résumé de la campagne, voir Mark J Miller, « Durex Crowns Umbrella Its Safe Sex #CondomEmoji on World AIDS Day » (1^{er} décembre 2016), en ligne : *Brandchannel* <brandchannel.com> [perma.cc/G9J8-X5YU].

¹⁹⁵ Voir Kristian Silva, « Man Used Emojis to Organise Drug Deals: Police », *Brisbane Times* (21 juin 2015), en ligne : <brisbanetimes.com.au> [perma.cc/7BLR-AA93]. Voir aussi Ciaran Varley, « BBC Three Investigation Finds Kids Dealing Drugs on Social Media », *BBC Three* (14 juillet 2017), en ligne : <www.bbc.co.uk> [perma.cc/WC3H-235W].

d'explications. Rien à voir avec la légalisation du cannabis au Canada¹⁹⁶, c'est plutôt par ressemblance entre les feuilles, longues et minces, d'un plant de chanvre et celles de l'érable japonais, dont les feuilles ont sept lobes plus fins que ceux de la feuille de l'érable canadien qu'illustre désormais « U+1F341 maple leaf » sur la plupart des plateformes¹⁹⁷. De manière analogue, l'ananas et le conifère renvoient pour certains aux « cottes » de marijuana, c'est-à-dire les fleurs femelles séchées dont est tirée la substance psychoactive¹⁹⁸.

[119] Ces langages codés sont loin d'être un phénomène nouveau pour les tribunaux qui ont déjà été confrontés à diverses paralangues — la langue des signes¹⁹⁹, la sténographie²⁰⁰ ou les abréviations courantes sur Internet²⁰¹ —, recourant parfois à des expertises. À cet égard, bien sûr, il faut que le tribunal ne soit pas lui-même apte à comprendre la signification des émojis — ou que les parties le convainquent qu'il y a lieu d'avoir recours à un expert, suivant en cela la règle générale voulant que l'expertise n'est admise que si elle est nécessaire afin « d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve en faisant appel à une personne compétente dans la discipline ou la matière concernée »²⁰². Cela posé, il arrive fréquemment que l'on reconnaisse à des enquêteurs la qualité d'expert en « jargon du monde interlope »²⁰³, mais à défaut pour les parties de l'avoir demandé, le tribunal doit plutôt s'en remettre au sens commun des mots, pris en contexte²⁰⁴. Et le contexte joue pour beaucoup : celui qui demande de la « glace » au commis du dépanneur par une belle journée d'été veut sans doute simplement des glaçons préfabriqués; ce n'est sans doute pas le cas de celui qui aborde, furtivement et à la tombée de la nuit, le même commis derrière le dépanneur en lui demandant la

¹⁹⁶ Voir *Loi sur le cannabis*, LC 2018, c 16.

¹⁹⁷ Voir « Emoji Evidence is Causing Confused Faces in Courtrooms », *CBC Radio* (22 mars 2018), en ligne : <www.cbc.ca> [perma.cc/VWT7-3YDY].

¹⁹⁸ Pour diverses autres explications, y compris des références au film *Pineapple Express* (États-Unis, Sony Pictures, 2008), voir les différents fils reddit, notamment *r/trees*, en ligne : *Reddit* <reddit.com/r/trees> [perma.cc/9C8N-F9LF].

¹⁹⁹ Voir par ex *R v Titchener*, 2013 BCCA 64 au para 7; *R v Isaac*, 2013 ONCJ 114 au para 15.

²⁰⁰ Voir par ex *R v Frisbee*, 1989 CanLII 2849 aux para 108–15, 48 CCC (3^e) 386 (BCCA).

²⁰¹ Voir *R v Yeo*, 2014 PESC 4 au para 16; *Baglow v Smith*, *supra* note 190.

²⁰² Voir art 231, al 2 Cpc. Voir par ex *Bureau c Chouinard*, 2017 QCCA 1842 aux para 8–9. Pour une expertise en matière d'emoji et de blogosphère, voir par ex *Baglow v Smith*, *supra* note 190 au para 8 (les services d'un expert en blogosphères, y compris dans la langue qui y est utilisée, avaient été retenus par la cour).

²⁰³ Voir par ex *R v Strickland*, 2013 NLCA 65 au para 4; *Meyers v R*, 2008 NLCA 13 au para 75; *Casimir c R*, 2009 QCCA 1720 au para 31.

²⁰⁴ Voir *Ambrose*, *supra* note 112 au para 72.

même chose, qui cherche, lui, peut-être plutôt de la métamphétamine. Il n'en va pas autrement pour les émojis.

d. Difficultés grammaticales

[120] Sans doute certains ont-ils parlé des émojis comme d'une nouvelle langue²⁰⁵, mais la plupart sont plus nuancés : l'*Oxford English Dictionary* — celui-là même qui a fait du pictogramme « face with tears of joy » son mot de l'année 2015 — en fait une langue au sens large, comme le serait un langage informatique²⁰⁶; certains théoriciens de la communication y voient une « langue fantasmée »²⁰⁷ ou une paralangue comme la langue des signes²⁰⁸; l'Unicode y voit un complément au langage, ajoutant qu'elle n'a pas de grammaire²⁰⁹.

[121] Il est vrai qu'écrire « Joyeux anniversaire, 🎉 🎂 🍰 » ou « Joyeux anniversaire, 🍰 🎂 🎉 » ne change rien à la fête. Toutefois, de certaines études semble également être ressortie une espèce de syntaxe intuitive des utilisateurs. D'abord, l'émojicône de renforcement ou de prise de position est presque invariablement placée à la fin de la phrase, et, comme

²⁰⁵ Voir Jessica Bradley, « Translanguaging Engagement: Dynamic Multilingualism and University Language Engagement Programmes » (2017) *Translanguaging and Translation Document de travail* 28 à la p 11, en ligne (pdf) : *Translation and Translanguaging (TLANG)* <tlang.org.uk/working-papers> [perma.cc/8NXH-7SDS]; Shatha Ali A Hakami, « The Importance of Understanding Emoji: An Investigative Study », printemps 2017 [non publié], en ligne (pdf) : *University of Birmingham School of Computer Science* <cs.bham.ac.uk> [perma.cc/85J4-EHEL]; Renée Desjardins, *Translation and Social Media: In Theory, in Training and in Professional Practice*, Londres (R-U), Palgrave Pivot, 2017 aux pp 5, 8, 45, 47. D'autres en parlent plutôt comme d'une novlangue (voir Moore, *supra* note 165; Evans, *supra* note 192 aux pp 62–63 et les études citées dans Kirley et McMahon, *supra* note 25, nn 43, 47. Voir aussi Hess, « Hands Off my Smiley Face », *supra* note 58).

²⁰⁶ Voir « Is emoji a type of language? » (2018), en ligne : *Oxford Dictionaries* <en.oxforddictionaries.com> [perma.cc/EY2E-8MY3].

²⁰⁷ Voir Béjot, *supra* note 158 aux pp 14, 33–41.

²⁰⁸ Voir Tim Moynihan, « Emoji Aren't Silly—They Could Actually Help the Deaf », *Wired* (17 juillet 2015), en ligne : <www.wired.com> [perma.cc/BU82-MPCE].

²⁰⁹ Voir « Emoji and Pictographs » (dernière modification le 9 mars 2018), en ligne : *Unicode* <www.unicode.org> [perma.cc/8JLT-ECCC]. Voir aussi Moore, *supra* note 165; Manilève, *supra* note 184 (qui explique notamment sa « grande difficulté [en ne communiquant qu'en émojis] d'arriver à faire comprendre quand on parle de soi-même et quand on parle de son interlocuteur. Impossible de trouver un moyen clair de transcrire les pronoms personnels»). Sur la diversité dans les émojis anthropomorphes pour répondre à des besoins d'identification, voir Solon, *supra* note 53. Sur la fonction complémentaire des émojis, voir aussi Alshenqeeti, *supra* note 13 à la p 61.

l'émoji, très rarement en plein milieu (on n'écrira donc pas « Joyeux 🎉 🎊 🎊! »)²¹⁰.

[122] Par contre, lorsque vient le temps de transposer une phrase en émojis, le locuteur respectera habituellement les règles de temps et d'action ainsi que celles de la grammaire de sa langue de communication. Ainsi, en français ou en anglais, où l'agent vient souvent avant l'action, le visage qui pleure précédera le cœur brisé, celui qui rit sera mis avant les pouces levés en signe d'approbation²¹¹. En français ou en anglais encore, le sujet grammatical, lorsqu'il est distinct du locuteur²¹², vient d'ordinaire avant le complément et ainsi, les participants à une étude ont généralement transposé la photo d'un « homme comptant de l'argent » en deux émojis : l'homme d'abord, l'argent ensuite (c'est-à-dire « 🧑, \$ » plutôt que « \$, 🧑 »), et celle d'une femme photographiée par un homme, en trois émojis : « 🧑 📷 🧑 », homme, appareil-photo, femme²¹³. On pourrait s'interroger ici sur l'influence du sens de lecture de chaque langue : certes, le francophone, qui lit de gauche à droite, mettra le sujet, le verbe et le complément dans cet ordre, mais qu'en est-il de celui qui parle l'arabe, langue dont le sens de lecture est à l'inverse, ou le japonais, où non seulement on lit de droite à gauche mais où sujet et complément sont séparés du verbe²¹⁴?

[123] Divers éléments visuels viennent parfois jouer. Ainsi, une image montrant un très gros château français dont s'éloignait un passant en chandail rouge, a été transposée par la plupart des participants à la même étude comme « 🏰 🧑 », château puis homme, tout en étant largement dé-

²¹⁰ Voir Katy Steinmetz, « Here Are Rules of Using Emoji You Didn't Know You Were Following » (17 juillet 2014), en ligne : *Time* <time.com> [perma.cc/SQ3J-C5D8], rapportant une étude non publiée de Tyler Joseph Schoebelen (*Emotions Are Relational: Positioning and the Use of Affective Linguistic Resources*, dissertation de doctorat, Stanford University, 2012 [non-publiée]). Voir aussi Kralj Novak et al, *supra* note 8 à la p 10.

²¹¹ Et c'est généralement le premier de ces émojis qui sera répété (voir Steinmetz, *supra* note 210).

²¹² Le sujet a toutefois tendance à être omis lorsqu'il correspond au locuteur (voir Stamatov, *supra* note 154 à la p 37).

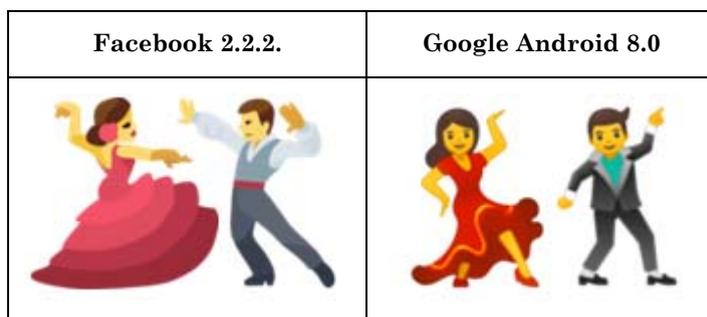
²¹³ Voir Rachael Tatman, « Do Emojis Have Their Own Syntax? » (7 décembre 2016), en ligne (blogue) : *Making Noise & Hearing Things* <www.makingnoiseandhearingthings.com> [perma.cc/3CU5-TH89].

²¹⁴ Voir par ex Katherine Gerke et Dennis Ryan Storoshenko, « Picturing Syntax: Cross-Linguistic Variation in the Interpretation of Emoji Strings », Congrès de l'Association canadienne de linguistique, tenu à l'Université de Regina, 30 mai 2018 [non publié], résumé en ligne (pdf) : *Association canadienne de linguistique* <www.cla-acl.ca> [perma.cc/YYYY5-BWK5].

crité par les participants à l'inverse, c'est-à-dire comme « un homme devant un château »²¹⁵.

[124] De même, l'image force parfois aussi la grammaire : le pistolet, par exemple, vise vers la gauche — c'est donc avant qu'il faudra placer l'élément à viser, le cas échéant²¹⁶. Les émojis de voiture, de camion de pompier ou d'ambulance aussi, de sorte que, pour figurer la vitesse, il faudra placer l'emoji de nuage après ces véhicules; si le nuage vient avant, on y lirait plutôt que le conducteur s'enfonce dans le brouillard.

[125] Aux questions sémantiques peuvent même se mêler des considérations relatives à l'interopérabilité : il n'y a, par exemple, que chez Apple que le joueur de handball lance vers la gauche, et que chez Samsung que la danseuse regarde à gauche. En fait, chez Samsung, danseur et danseuse regardent vers la gauche, alors que sur Facebook, ils sont présentés en directions opposées : qui suggère une soirée de danse en ligne pourrait ne pas recevoir la réponse escomptée de la part de qui a reçu un face-à-face passionné de flamenco...



[126] S'ils sont nombreux, les écueils ne sont toutefois pas insurmontables. En fait, surtout, il faut leur ajouter ce qui constitue, en quelque sorte, la « difficulté zéro » de la communication : comprendre ce que l'autre a bien pu vouloir dire²¹⁷.

3. Interpréter

[127] Autrement, sans doute peut-on poser que les émoticônes et les émojis font partie du discours, et assurément ce sont des « signes » au

²¹⁵ Voir Tatman, *supra* note 213.

²¹⁶ Voir Steinmetz, *supra* note 210.

²¹⁷ Pour une illustration ludique, voir « Emoji », série *Like-moi !*, saison 1, épisode 2, (5 janvier 2016), en ligne (vidéo) : *Télé-Québec* <likemoi.telequebec.tv> [perma.cc/HN9E-7C2U]. Pour la version française de l'épisode, voir « Emoji », série *Like-moi !*, en ligne (vidéo) : *Youtube* <www.youtube.com> [perma.cc/VJ2U-ZXEB].

sens saussurien du terme, c'est-à-dire des « unité[s] linguistique[s] formée[s] d'une partie sensible ou signifiant (sons, lettres) et d'une partie abstraite ou signifié »²¹⁸, mais il convient encore de se demander à quel titre ils y opèrent. Quelle est leur fonction? Y a-t-il des parallèles à faire avec d'autres éléments du discours, comme la gestuelle ou le ton? Sémioticiens, anthropologues et linguistes se sont penchés sur la question, pour dégager trois grandes fonctions²¹⁹ : (1) la fonction phatique; (2) la fonction d'énonciation, qui se subdivise elle-même en (a) renforcement, (b) prise de position, (c) clarification; et (3) la fonction lexicale. Ces fonctions valent autant pour les émoticônes que pour les émojis et l'on peut croire qu'elles sont susceptibles d'aider le tribunal à dégager le sens potentiel d'un émoji particulier dans un contexte donné, y compris en évaluant la crédibilité du témoin qui explique ce qu'il signifie pour lui. De fait, toutes trouvent des échos dans la jurisprudence.

[128] La **fonction phatique** d'abord relève, en quelque sorte, de la gestion de la communication. Un énoncé phatique n'a pas pour objet de transmettre un message, il vise « essentiellement à établir, prolonger ou interrompre la communication, à vérifier si le circuit fonctionne » entre locuteur et destinataire²²⁰; c'est ajouter « comme vous savez » ou « voyez-vous » dans une affirmation ou interpeler par son prénom son interlocuteur unique²²¹, c'est encore le « mm-mm » qui indique que l'on est encore au bout du fil, les diverses particules de discours que sont « bon », « euh », « enfin », voire « tséveudire » ou « du coup », ou, en ce qui concerne la gestuelle, le hochement de tête qui signifie « continue ton histoire ».

[129] Du côté des binettes, ce pourra être le visage envoyé pour amorcer une conversation ou pour ne pas paraître y mettre fin trop brusque-

²¹⁸ Cette définition est celle du *Petit Robert*, *supra* note 22, *sub verbo* « signe ». Chez Ferdinand de Saussure, « [l]e signe linguistique est donc une entité psychique à deux faces [...]. Nous appelons *signe* la combinaison du concept et de l'image acoustique [...]. Nous proposons de conserver le mot *signe* pour désigner le total, et de remplacer *concept* et *image acoustique* respectivement par *signifié* et *signifiant* » (*Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1971 à la p 99).

²¹⁹ La division diffère selon les auteurs (voir notamment Danesi, *supra* note 188; Evans, *supra* note 192 aux pp 129–36; Kirley et McMahon, *supra* note 25; Schneebeli, *supra* note 8).

²²⁰ Roman Jakobson, *Essais de linguistique générale*, traduit par Nicolas Ruwet, Paris, Éditions de Minuit, 1963 à la p 217.

²²¹ Pour une discussion sur d'éventuels prénoms enregistrés en émojis, voir Andres Cervo, « Could you name your child using emoji? 🤔 🗨 » (2 novembre 2017), en ligne : *Medium* <medium.com> [perma.cc/ZFR5-W7FP]

ment, pour remplir un silence ou, dans une conversation de groupe, indiquer que l'on y est sans trop se commettre sur le fond²²².

[130] Il y a, en jurisprudence, plusieurs prononcés qui, sans accorder une signification précise à des binettes, les tiennent pour des éléments suggérant la cordialité entre les interlocuteurs²²³, une conclusion qui s'accorde avec les chiffres, puisque plus de la moitié des émojis utilisés sont des visages positifs²²⁴.

[131] On prendra garde cependant à ne pas abuser des binettes : à quelques occasions, les tribunaux ont vu un signe d'instabilité dans leur utilisation surabondante²²⁵, interdisant même dans une affaire à une personne de les employer dans ses communications avec son ex²²⁶. Encore là, pas de message particulier, simplement un certain niveau d'intensité communicationnelle²²⁷.

[132] Dans les fonctions d'énonciation, vient d'abord la **fonction de renforcement** : le message verbalisé se suffit à lui-même, mais on y ajoute un geste : c'est dire « oui » en opinant du bonnet, « non » en secouant la tête, « super » en levant les pouces ou en fermant son pouce avec son index²²⁸. Dans le monde des binettes, ce sera envoyer « je t'aime » par message texte et y ajouter un « ♥ », taper « je vais voir un concert » et l'illustrer d'une « 🎵 » ou flanquer un « quelle belle journée » d'un « ☀ ».

²²² Voir généralement Danesi, *supra* note 188 aux pp 19–20. Voir aussi Lauren B Collister, « Emoticons and symbols aren't ruining language – they're revolutionizing it », (6 avril 2015), en ligne : *The Conversation* <www.theconversation.com> [perma.cc/P2F3-P6KC].

²²³ Voir *Century 21*, *supra* note 75 aux para 44–47 (des émojis dans des messages avec un agent immobilier participent à démontrer l'existence d'un lien de confiance professionnel); *Kinark Child & Family Services Syl Apps Youth Centre v Ontario Public Service Employees Union, Local 213* (2012), 225 LAC (4th) 337 au para 46, 2012 CanLII 97669 (arbitre : William A Marcotte) (le tribunal accorde davantage d'importance à des échanges de courriels avec des bonshommes sourire qu'à un témoignage prétendant à une animosité de tout temps entre deux individus).

²²⁴ Voir SwiftKey, *supra* note 113 à la p 5. Voir aussi Stacy Goodman, « And the Most Enchanting Emoji on Instagram is... » (23 novembre 2016), en ligne : *Curalate* <www.curalate.com> [perma.cc/Z7GQ-2RFA].

²²⁵ Voir *CV et Responsable du CIUSSS A*, 2015 QCTAQ 061052 au para 4; *Couche-Tard inc c Abitbol*, 2012 QCCS 4194 au para 37; *Law Society of Upper Canada v Forget*, 2013 ONLSHP 158 au para 7.

²²⁶ Voir *Bedzow-Weisleder v Weisleder*, 2018 ONSC 1969 au para 14.

²²⁷ Sur les marqueurs d'intensité, voir généralement Clara Romero, « Pour une définition générale de l'intensité dans le langage » (2007) 54:1 Travaux de linguistique 57.

²²⁸ Signe qui peut lui-même porter à confusion, dans la mesure où il peut également symboliser le « zéro » ou une insulte (voir Richard R Gesteland, *Cross-Cultural Business Behavior: A Guide for Global Management*, 5^e éd, Frederiksberg, Copenhagen Business School Press, 2012 à la p 88).

[133] Si l'on peut considérer la fonction de renforcement comme une fonction autonome (et secondaire)²²⁹, on peut également penser que renforcer un message, c'est communiquer son importance, et de là, on glisserait vers les fonctions de prise de position ou de clarification auxquelles peuvent servir les binettes. Car écrire « je t'aime ♥ », ce n'est pas tout à fait la même chose qu'envoyer « je t'aime ♥ ♥ ♥ ». En répétant l'emoji du cœur, ne se trouve-t-on pas à insister? Et dans l'insistance, n'y a-t-il pas une intention, un message?

[134] Ces binettes-là rejoindraient alors celles qui réduisent les interprétations possibles à une seule (la clarification), qui colorent un énoncé neutre (la prise de position), voire qui viennent contredire un message (l'ironie)²³⁰. Ces sous-fonctions de la fonction d'énonciation existent évidemment dans la gestuelle : la personne qui sourit alors qu'elle annonce qu'une autre arrive prend position sur un énoncé; elle le fait encore si elle lève les yeux au ciel ou en soupirant, mais le message est bien différent. La prise de position peut aller jusqu'à renverser complètement l'énoncé. Ce sera le cas d'un étudiant nerveux qui dirait « avoir hâte » à l'examen avec une intonation qui fait penser qu'il a surtout hâte au moment où il sera terminé.

[135] Les binettes fonctionnent de la même manière, opérant en quelque sorte un déplacement de la voix à l'écrit, c'est-à-dire des gestes, mimiques ou tons dans le format du discours électronique sous la forme unitaire de l'emoji²³¹. En fait, s'agissant des émoticônes, elles ont été créées à cette fin, indiquer qu'un énoncé se veut une plaisanterie (voir paragraphe 5). Quant aux emojis, la variété des visages qu'ils proposent permet d'illustrer rapidement le fond de sa pensée :

François est papa 🙌

[136] En fait, un emoji suffit pour changer complètement le sens d'un même énoncé. Comparer :

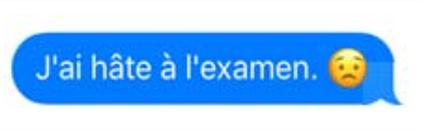
²²⁹ Voir Danesi, *supra* note 188 à la p 87.

²³⁰ Voir *ibid* aux pp 21, 56, 59.

²³¹ Voir Béjot, *supra* note 158 à la p 26.

		
Plutôt approbatif : le destinataire rit.	Plutôt dubitatif : le destinataire montre son incrédulité.	Plutôt réprobateur : le destinataire est fâché.
		
L'auteur du message rit de sa chute.	L'auteur du message s'est blessé dans sa chute.	L'auteur du message s'est blessé l'orgueil dans sa chute.

[137] Et bien sûr, l'émoji accompagne aussi bien l'ironie ou le sarcasme :

	
La personne est stressée par l'examen.	La personne va prendre une bière et non un café.

[138] Ces fonctions de clarification, de contradiction et de renforcement sont souvent mises en opposition dans la jurisprudence. Un bonhomme sourire est-il un indice d'un consentement à une relation sexuelle ou plutôt l'expression d'une difficulté à mettre fin à une interaction avec un agresseur²³³? Cette même binette, ajoutée à une phrase menaçante, en fait-elle une blague ou est-ce plutôt une prise de position de l'auteur, qui

²³² Voir également Tschanz, *supra* note 170 (qui suggère que des employés pourraient transposer des locutions en émojis à cette fin et ce, afin de n'être pas détectés, par exemple employer les images du « coiffeur » et « chien » pour transposer l'expression « hair of the dog [that bit me] », qui signifie que l'on entend prendre un verre d'alcool dans l'espoir de faire passer une gueule de bois).

²³³ Voir *Grant*, *supra* note 67 au para 159 : « The “happy face” emoji on the complainant's text ought not to be viewed as inconsistent with her evidence that she did not consent. ». Voir aussi *R v JR*, 2016 ABQB 414 aux para 11 et s.

sourit à l'idée de la mettre à exécution²³⁴? Des jugements illustrent l'une et l'autre issue.

[139] Des binettes peuvent ainsi être l'expression manifeste qu'un commentaire devait être entendu comme une blague et, partant, qu'il ne saurait être qualifié de diffamatoire ou de haineux. Ainsi en est-il dans l'affaire *Maughan*, où le commentaire d'un étudiant sur un forum universitaire au sujet de ce qu'il considère être le fondamentalisme chrétien d'un certain politicien, déclenche une série de remarques qui seront l'objet du litige sur le fond :

As to the question of how much respect I owe Mr [Stockwell] Day? He has repeatedly lied, backpaddled and avoided questions on issues we know to be true. Yes, he really does consider homosexuals to be "deviants." Yes he really does support the death penalty? Yes, he really doesn't believe women should have the right to choose to have abortions. Yes he really does believe that cultural institutions should receive no funding whatsoever [sic] from the government.

How is it that I owe respect to an individual who so obviously so [sic] no respect for huge elements of our society? Screw respect.

*He makes me recall fondly a time period when Christians were stoned :)*²³⁵.

[140] Pour les tribunaux, comme pour les instances universitaires avant eux, le commentaire, bien que maladroit, se voulait simplement sarcastique, ce que dénotait notamment le recours à une émoticône :

The overall context of the [student's] email, the structure of the offending sentence, and the smiley face icon at its end, all convey an attempt (however clumsy) to strike a sardonic tone rather than one that was hate-mongering or promoting contempt or inferiority in comparison with others²³⁶.

[141] Dans une autre affaire, ce sont les binettes envoyées en réponse à des messages « somewhat sexually suggestive and mildly inappropriate » qui ont permis d'en contredire le caractère harcelant : comme les messages « [were] consistently respond[ed] to [...] with laughter, with emojis that are "laughing so hard they are crying" and with short form text language such as "lmao" », il était impossible pour leur auteur de savoir que ses propos n'étaient pas les bienvenus²³⁷.

²³⁴ Voir *R v MB*, 2016 BCCA 476 aux para 6, 91.

²³⁵ *Maughan BCSC*, *supra* note 85 au para 32.

²³⁶ *Ibid* au para 405, conf par *Maughan BCCA*, *supra* note 85, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 33495 (29 avril 2010).

²³⁷ *Re TET-73196-16*, 2017 CanLII 49021 aux para 19–21 (ON LTB).

[142] Par contre, la présence d'émojis ne sera pas toujours suffisante pour nier le caractère de menace inhérent à une proposition :

While some messages include smiley face emoticons and the “lol” shorthand, on the whole, it was reasonable for the trial judge to implicitly conclude that a reasonable person in C.B.’s circumstances would have been threatened by the Message²³⁸.

[143] On pourrait même ici avancer que l'emoji souriant s'apparentait à du sadisme, procédant plutôt au renforcement de l'impression de danger. De la même manière, on a jugé qu'une émoticône de clin d'œil aggravait une insinuation à caractère sexuel, et ce, même en tenant compte d'une prétendue divergence quant à la signification d'une séquence donnée :

Even if I were to accept Mr. Weber’s evidence that the semi-colon was intended by him as a smiley face, and not as a winky face, and that the “hehehe” was intended as a light-hearted hee-hee-hee, the fact remains that Mr. Weber sent text messages to the applicant describing her outfit from the event as “hot” and telling her that he was “looking forward to [her] coming out with the shorter dress”. In my view, these comments are clearly and obviously sexual in nature. While perhaps not rising to the level of an overt sexual solicitation of the applicant, they nonetheless represent a sexual advance²³⁹.

[144] En définitive, tout cela est une question d'interprétation et s'il est un exercice bien connu des décideurs, c'est assurément celui-là.

[145] Reste la **fonction lexicale** (ou de substitution). Ici, le message doit s'exprimer entièrement sans mots²⁴⁰. Il s'agit souvent d'un geste qui remplace une expression : secouer la tête plutôt que de verbaliser « non », faire un doigt d'honneur plutôt que d'invectiver, tendre le pouce à l'horizontale en bordure d'autoroute plutôt que de tenir une pancarte « Voulez-vous me transporter quelque part? ». En emojis, plutôt que d'écrire « je t'aime », on enverra simplement un « ♥ », ou, comme l'a relevé une décision, on pourra « réplique[r] OK par l'émoticône “👉” »²⁴¹. Plusieurs des emojis, on s'en souviendra²⁴², sont nés pour figurer des raccourcis : le bureau, la poste, l'hôpital, la banque, le guichet, l'hôtel (voir paragraphe 5). La « traduction » en emojis d'ouvrages classiques tels que *Moby Dick*²⁴³, *Les Misérables*²⁴⁴ ou *Alice au pays des merveilles*²⁴⁵, ce microblogue

²³⁸ *R v MB*, supra note 234 au para 91.

²³⁹ *Dix*, supra note 121 au para 50.

²⁴⁰ Voir Danesi, supra note 188 à la p 39.

²⁴¹ *Abdelli c Duval*, supra note 89 au para 14.

²⁴² Illustration d'une fonction phatique.

²⁴³ Voir Herman Melville, *EmojiDick; or, 🐳 [the Whale]*, éd par Fred Benenson, traduit par Amazon Mechanical Turk, 2010, en ligne : <www.czyborra.com> [perma.cc/233P-

qui résume (mal) des décisions des tribunaux britanniques²⁴⁶ ou le livre sans paroles de Xu Bing²⁴⁷, jouent essentiellement sur cette fonction lexicale²⁴⁸.

[146] De nombreux émojis sont déjà envoyés tout à fait sans texte : en juin 2018, 900 millions d'émojis l'étaient sur Facebook Messenger²⁴⁹. On peut en outre se demander si ces émojis « de substitution » ne se fraieront pas un chemin accru dans la jurisprudence désormais, par exemple, que plusieurs logiciels de messageries suggèrent des substitutions aux utilisateurs (voir paragraphe 90). Certes, ce n'est sans doute pas à court terme que se développera un corps jurisprudentiel sur la signification précise du « 🐱 U+1F640 weary cat face » ou du « 🙋 U+1F574 man in business suit levitating » — comme il en existe un pour « solliciter »²⁵⁰ ou « *issue* »²⁵¹ —, mais qui sait si les tribunaux n'auront pas tôt ou tard leur mot à ajouter.

Conclusion

[147] L'émoticonne et le kaomiji sont deux réponses typographiques données dès les premières années de l'Internet à la difficulté de faire passer des émotions par écrit ou pour clarifier un propos là où les mots ne suffisent pas. Vers la fin des années 1990, il se développe par ailleurs rapidement au Japon un système pictographique pour exprimer certaines

WUXS] (entré à la Library of Congress américaine : voir Erin Allen, « A Whale of an Acquisition » (22 février 2013), en ligne (blogue) : *Library of Congress Blog* <blogs.loc.gov> [perma.cc/6T8D-GF6V]).

²⁴⁴ Voir maggiethelialiant, « Les Miserables in emoticons » (31 décembre 2012), en ligne : *tumblr* <maggiethelialiant.tumblr.com> [perma.cc/4M8N-SVGB].

²⁴⁵ Voir Joe Hale, « Wonderland », impression numérique, 119 x 84 cm (dernière consultation le 19 novembre 2018), en ligne : *Emoji Print Shop* <joe hale.bigcartel.com> [perma.cc/QH83-EFQF].

²⁴⁶ Judge Robot (depuis août 2016), en ligne : *Twitter* <www.twitter.com/caselawemoji> [perma.cc/EEL4-DKGE].

²⁴⁷ *Une histoire sans mots*, Paris, Grasset, 2013.

²⁴⁸ Voir « Narratives In Emoji » (dernière consultation le 1^{re} juillet 2018), en ligne : *Tumblr* <www.narrativesinemoji.tumblr.com> [perma.cc/A3QH-K4EG].

²⁴⁹ Voir World Emoji Day, « Statistics », *supra* note 62.

²⁵⁰ En matière criminelle, voir *Hutt c R*, [1978] 2 RCS 476, 1978 CanLII 190. En matière d'expression, voir *Comité pour la République du Canada c Canada*, [1991] 1 RCS 139 à la p 161, 1991 CanLII 119. En matière commerciale, voir *Payette c Guay inc*, 2013 CSC 45.

²⁵¹ En matière successorale, voir *King v Evans*, 24 RCS 356, 1895 CanLII 8 et diverses lois : *Intestate Succession Act*, RSNL 1990, c I-21, art 2(1)(b); *The Intestate Succession Act*, SM 1989-90, c 43, CCSM c 185, art 1(1); *Intestate Succession Act*, RSNS 1989, c 236, art 2(b), etc. En matière de procédure, voir *Hayes Forest Services Limited v Weyerhaeuser Company Limited*, 2008 BCCA 120 au para 42.

notions qu'il est trop long de taper, y compris des émotions : les émojis. Ce « secret » japonais prend le monde d'assaut lorsque, désormais codifiés par Unicode, les grands opérateurs de téléphonie cellulaire les rendent disponibles pour tous les utilisateurs, rapidement suivis en cela par les principaux réseaux sociaux. Les émojis se propagent et se multiplient, deviennent de plus en plus sophistiqués : les dessins se raffinent et se multiplient, il s'y ajoute des prédictions, des animations, de la reconnaissance faciale.

[148] Les émojis présentent certains aspects du langage et prétendent à une forme d'universalité, certains en parlent de l'avènement du « discours du doigt »²⁵². Assurément, les émojis peuvent contribuer à la « richesse médiatique » d'un message, l'embellir, l'animer ou lui conférer plus de profondeur. Florissante culture du surécrit, c'est-à-dire, de ce qui s'ajoute à l'écrit, ces émojis, comme les émoticônes avant eux, ont le dessein d'améliorer la communication. De fait, ils y parviennent souvent. Force est toutefois de constater qu'ils portent aussi leur lot d'écueils. Certains émojis, par exemple, reportent à l'écrit les difficultés communicationnelles du face-à-face. Malléabilité du faciès humain oblige, comme les kinèmes, ils ne sont pas toujours univoques, et même, sont parfois tout à fait équivoques. À ces difficultés quant au sens, peuvent s'ajouter certaines difficultés techniques, liées à leur petite taille, à une faible résolution ou aux disparités technologiques qui peuvent exister entre les systèmes, aux plans diachronique et synchronique, c'est-à-dire entre les plateformes ou entre les versions successives d'une même plateforme. Si on constate à ce dernier égard une certaine convergence, on peut également se demander si le recours croissant à la messagerie assistée par ordinateur — qu'il s'agisse des outils de prédiction ou de remplacement ou carrément des robots conversationnels — n'exacerbera pas également des idiosyncrasies ou écartera des usages pourtant bien humains.

[149] Et le droit dans tout cela?

[150] La jurisprudence a déjà qualifié les émoticônes de conventions sociales²⁵³. Quelques décisions en ont parlé comme de signes suffisamment communs pour pouvoir prendre acte des visages qu'ils représentaient²⁵⁴; d'autres ont reconnu que la popularité des émojis débordait le

²⁵² Michael V Copeland, « Texting Isn't Writing, It's Fingered Speech » (1^{er} mars 2013), en ligne : *Wired* <www.wired.com> [perma.cc/K3PQ-RM5W].

²⁵³ *England v Saunders-Todd*, 2015 NSSM 61 à la p 3 : « Like verbal conversation, text messages are often replete with informalities, texting abbreviations (e.g. “LOL”) or emoticons and other similar social conventions. »

²⁵⁴ Voir *Elliott*, *supra* note 88 à la p 30 :

[Defendant] wrote: “Competing also means I may put a lot of time into something that helps no one if it isn't selected for ‘political’ reasons :-).” This last

monde électronique²⁵⁵. Une autre décision a explicitement posé que les utilisateurs y avaient souvent recours parce que « [e]motion and tone are absent from text messages »²⁵⁶, et, même qu'ils pouvaient contribuer à bâtir une relation « authentique »²⁵⁷. Tantôt simples marqueurs phatiques tantôt modificateurs d'énoncés, les binettes viennent aider à interpréter ici une intention coupable, là plutôt l'enthousiasme précontractuel, ici encore, le consentement ou le refus.

[151] Car linguistique, sémiotique, communications, psychologie, études culturelles, autant de domaines qu'interpellent les émoticônes et les émojis dans leur rapport au droit. Au strict plan juridique toutefois, le principal défi de cette explosion des « signes d'intention » numériques est de voir comment le droit peut se poser à la fois comme instrument de con-

punctuation is common enough for me to take notice that it depicts a little face with a smile, a smiley face.

Grant, supra note 67 au para 56 :

The complainant was shown the text message from the accused sent at 4:01 a.m. on August 16, 2015 which reads “Back in bed Thanks for the epic night Chat Tomrr Night night”. It was suggested to the complainant that text did not call for a response but nevertheless, she texted to the accused “In bed now too... Could only find one cat, hopefully the other will come home soon ... Night:)”. The word night is followed by a colon and closed parenthesis commonly referred to as a “smiley face”.

²⁵⁵ Voir par ex *Couillard (Re)*, 2011 QCCS 2618 au para 17 :

[Quant au b]ulletin 89-1 [...] [l]’électeur n’avait peut-être pas cette intention, mais il a laissé ici une marque très distinctive, évoquant deux yeux, sans nez ni bouche. Il ne s’agit pas d’une de ces images courantes de nos jours (comme par exemple le « Bonhomme sourire » ou le « Cœur ») et aucun autre électeur de la circonscription, de fait, ne l’a utilisé. [...] Quant au « cœur » du bulletin 41-1 et aux « bon[s]hommes sourire » des bulletins 50-2 et 217-1, il s’agit d’images très usitées de nos jours, particulièrement chez les jeunes, de sorte que nul ne saurait prétendre pouvoir s’en servir pour s’identifier secrètement dans une circonscription comptant plus de 78 000 électeurs [italiques dans l’original].

²⁵⁶ *R v NW, supra* note 190 au para 52. Voir aussi *Baglow v Smith, supra* note 190 aux para 100–01, où la juge résume les propos d’un expert dans le même sens :

Further computer mediated communication is also characterized by its lack of punctuation and use of “emoticons” to denote feelings and moods. Many linguistic conventions and styles on BBSs, chat rooms, et cetera are derivative of early computer hacker language. They are common expressions, phrases and styles used specifically on Internet-based sites and platforms, including those frequented by online political actors. [...] [T]he lack of non-verbal cues (for example facial expressions that might indicate sarcasm or joking) tend to exacerbate debates over the meaning and intent of specific phrases and words. Misinterpretations are frequent.

²⁵⁷ Au sens du droit de l’immigration, voir *Marselje c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2012 CanLII 99482 aux para 14–15 (CA CISR).

tinuité et d'innovation. Continuité, car il possède les ressources : les juristes sont roués à l'exercice d'interprétation, qu'il s'agisse de loi, de contrats, de témoignages. Mais innovation aussi, car si la justice prétend effectuer un virage numérique, il ne suffit pas de permettre le recours aux « technologies de l'information », il faut les comprendre, les intégrer et les appréhender.

[152] Avec un clin d'œil, notons que cent vingt-trois décisions l'ont déjà fait. Cent vingt-trois? N'est-ce pas plus tôt cent dix-neuf? Et oui, à la vitesse où se multiplient les binettes dans la jurisprudence, il fallait s'y attendre, entre le 1^{er} juillet 2018, date de fraîcheur de cet article, et sa remise à l'éditeur, quelques semaines plus tard à peine, quatre décisions se sont ajoutées au lot²⁵⁸. Combien y en aura-t-il encore d'ici l'impression ou la distribution?

²⁵⁸ Voir *Grunewald v Buchamer*, 2018 BCCRT 312 au para 11; *NB c Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, 2018 QCTAQ 07168 aux para 42, 76; *Ross c 9306-2958 Québec inc*, 2018 QCCNESST 416 au para 13; *Syndicat des chauffeurs d'autobus de la Rive-Sud c Société de transport de Lévis*, 2018 QCTAQ 423 au para 45 (arbitre : Pierre St-Arnaud).