

Unconscious Blinders and Arbitrator Decision Making: Issues and Solutions

"Most studies of arbitration are devoted to discussions about the applicable law or the various procedural rules. It seems far more important to try to analyze how and why arbitrators make up their minds." Robert Coulson, President, American Arbitration Association, 1990.¹

Mr. Coulson's discussion of what was known at the time about psychological influences on arbitrator decision-making presaged the vigorous discussion of that subject which developed recently, some 25 years later. With the explosion of best-selling books on decision-making and the popularization of the psychological learning on the subject,² attention has turned in conference after conference to its applicability to arbitrators.

I. INTRODUCTION

The literature which studies the psychological phenomena that are the subject of this article refers to them as "biases." Because the word "bias" has such profound negative connotations in the field of arbitration, this article borrows the nomenclature used by Professor Guthrie, and refers to biases as "blinders."³ The biases/blinders discussed here are those that are simply human nature. While constraints imposed by the law to increase certainty and predictability, such as specifying elements for causes of action and establishing burdens of proof, are effective to some degree, ultimately decisions are made by judges and arbitrators who are human beings. Their minds function anatomically just as do the minds of others. Legal training cannot and does not alter that fundamental reality.

The human brain has both an intuitive and a deliberative component, a fact long known and discussed as far back as Plato. It has been now scientifically proven. Recently Nobel Prize winner Kahnemann popularized what he refers to as System 1, our fast, automatic, high capacity, low ef-

fort, and intuitive mode, and System 2 our slow, deliberate, limited capacity and high-effort mode.⁴ His modern research based analysis essentially posits that we cannot function without both and that human decision making operates with System 1 making intuitive judgments which are sometimes modified by System 2's deliberative process.

This dichotomy mirrors the two traditional models with which judging has traditionally been viewed: the "formalist" model pursuant to which it is believed that judges apply the law to the facts in a logical and deliberative way, and the "realist" model pursuant to which it is believed that judges follow their intuition to reach their judgment and later rationalize their judgment with reasoning.⁵

Scholars have explored System 1 and System 2 as it impacts legal decision-making. Research has shown that, as with all human beings, the intuitive reactions of System 1 play a significant role in judges' decision making.⁶ Given the similarity of the tasks, one must conclude that those same



Edna Sussman

Edna Sussman, www.sussmanADR.com, is a full-time independent arbitrator and mediator specializing in international and domestic commercial disputes and the Distinguished ADR Practitioner in Residence at Fordham University School of Law. She serves on the arbitration and mediation panels of many of the leading dispute resolution institutions and serves as Vice Chair of the New York International Arbitration Center and on the board and the executive committee of the American Arbitration Association and of the College of Commercial Arbitrators. A frequent author and lecturer, she formerly chaired the Arbitration Committee of the American Bar Association's Section of International Law and the Dispute Resolution Section of the New York State Bar Association.

impacts affect arbitrators' decision making also.

It is the unconscious intuitive processes, the blinders, which are addressed in this article with suggestions to foster a more robust deliberative overlay and improve the quality of decisions by arbitrators. In order to provide a context that reflects actual arbitrator decision making, the results of a survey of arbitrators I conducted in October of 2012 (the "2012 Arbitrators Survey") is reported. The survey, which was distributed both in the U.S. and to colleagues around the world, drew 401 responses.

I. UNCONSCIOUS BLINDERS

Guthrie, Wistrich and Rachlinski, in their leading works on the subject of judicial decision making, addressed the question of why it can be difficult to get a decision in a case right with studies conducted with hundreds of judges.⁷ They identified three sets of blinders that are the psychological influences that can lead to erroneous decisions: informa-



tional blinders, cognitive blinders and attitudinal blinders.⁸ These categorizations are useful and are adopted here.

A. Informational Blinders - Inadmissible Evidence

The 2012 Arbitrators Survey confirmed that arbitrators usually allow evidence to be introduced that would not be admissible in court. Yet studies with judges have confirmed that inadmissible evidence, once heard, has a profound impact on decisions made by judges. Judges who saw a clearly privileged document devastating to the case ruled for the other party about twice as often as those who had not seen it. Only 75% of Judges who saw a recall notice, an inadmissible subsequent remedial measure, ruled for the defense while 100% of the judges who had not seen it did so.⁹ As one court put it, you can't "un-ring the bell."¹⁰ Given the unconscious, this result is not surprising.

What can arbitrators do to try to overcome this blinder? First and foremost, arbitrators should really do what they say they will do and consciously weigh the reliability of evidence they have promised to assess as to weight. Reviewing preliminary conclusions of the case to see if the outcome would differ if unreliable evidence admitted on that basis had not been introduced may serve as a check by showing the arbitrators the extent to which such pieces of evidence have influenced their thinking.

B. Cognitive blinders – heuristics

Cognitive blinders are patterns of deviation in judgment which can lead to perceptual distortion, inaccurate judgment, or illogical interpretation. They include heuristics, mental short cuts that permit people to solve problems and make judgments and react to situations quickly and efficiently without constantly stopping to think about the next course of action.

1. Hindsight Blinder

Studies have shown that subsequent events color decision making. For example, in one study 57% of judges who were told a flood had taken place and no precautions had

been taken found negligence while of the judges who were not told about the subsequent flood only 24% found negligence.¹¹ The very nature of arbitration calls for an evaluation of events after the fact thus making the process particularly vulnerable to the hindsight blinder. Hindsight has been described as the most "troublesome problem for judges."¹²

The burden of proof may in some instances be of assistance in countering hindsight. If one isolates and lists the facts that were proven as of the relevant time frame from later biasing events and apply the burden of proof just to the earlier facts, it should assist in minimizing the impact of hindsight.

2. Anchoring Blinder

Numbers wholly irrelevant to a decision can have a dramatic influence on damages findings. In one study judges who heard a demand in a settlement conference of \$10 million awarded \$2.2 million while other judges given the same facts but only told that there had been a request for a lot of money awarded \$800,000.¹³ In another study judges who heard a motion to dismiss for failure to meet the court's \$75,000 jurisdictional minimum awarded a mean of \$880,000 while those who had not heard the motion awarded a mean of \$1,200,000 million on the same facts.¹⁴ Study after study has proven that people will be anchored in their response by numbers that bear no relationship to the question they are asked to answer and will adjust from it.

The 2012 Arbitrator survey results demonstrated that many arbitrators find that quantifying damages is often more difficult than determining liability. There is often no clear right answer, perhaps opening the door for the influence of the anchoring blinder. Analyzing the damages evidence having in mind the influence of the anchoring blinder should assist arbitrators in avoiding falling prey to it.

3. Framing Blinder

In a fascinating experiment the same two sets of adjectives in a different order were used to describe two people.

Alan- intelligent-industrious-impulsive-critical-stubborn-envious

Ben- envious-stubborn-critical-impulsive-industrious-intelligent

The study found that the initial adjective colored the subjects assessment of the later adjectives, leading the experiment subjects to view Alan as an able person with certain shortcomings and Ben as a problem whose abilities are hampered by his serious difficulties.¹⁵

Arbitrators are conscious of the fact that differences in the quality of the lawyering can affect their decision. Arbitrators do try to look beyond the manner and style of presentations to ascertain the true story. Again, recognition of the psychological influence that a well-crafted presentation can have should serve to heighten arbitrator's ability to overcome well framed but faulty arguments.

4. Confirmation Blinder

In the context of arbitral decision-making the confirmation blinder is a particularly pernicious blinder. All arbitrators say that they keep "an open mind" until the close of the hearing and surely arbitrators honestly believe that to be true. However, the psychological learning suggests this to be a blinder in and of itself. Waites and Lawrence concluded in their foremost article on the subject of psychology and arbitrators: "A typical arbitrator concludes the initial phase with a single dominant story in mind... the actual arbitration presentation is a process of filtering through the evidence to test their individual hypothesis about the case... Arbitrators... will make every effort to fit their perceptions of the facts and circumstances of the case into the story they have formed...."¹⁶

The 2012 Arbitrator Survey results support this conclusion. 88% of the arbitrators formed a preliminary view of the merits of the case at least 25% of the time after only receiving the prehearing submissions while 37% formed such views at least 50% of the time. 60% of the arbitrators changed their view from their preliminary determination only 30% or less of the time.

Making sure that both "stories" are played

for discussion throughout the proceeding would help to counter this blinder. Consider whether it would be useful to have the co-arbitrators sum up the evidence each day over lunch, but have them switch which side's evidence they are marshaling from time to time to assure that all perspectives are being fully considered throughout the process.

II. ATTITUDINAL BLINDERS – BACKGROUND AND EXPERIENCE

In a striking study researchers worked with staunch supporters of candidates in the 2004 U.S. presidential elections. Statements by the candidates were played for them. The study demonstrated that the reasoning part (System 2) remained completely inactive; any negative information about their candidate was simply filtered out automatically. The information simply never reached the deliberative part of the brain.¹⁷

Each arbitrator is uniquely influenced by his or her lifetime experiences and cultural influences and like judges is influenced by that background. Summing up these influences on arbitrators making, Shari Diamond referenced the “affinity effect” which occurs when “decision-makers are influenced by their cultural backgrounds, their prior experiences, and their personal associations in formulating their understanding of and judging the behavior they must consider in reaching their decisions.” And the “expectancy effect” which causes “beliefs about the world and preconceived notions about the likely credibility of particular types of witnesses affect how decision-makers evaluate evidence” and causes decision-makers to be more “likely to reject information that is inconsistent with their beliefs and expectations.”¹⁸

III. IMPROVING ARBITRATOR DECISION MAKING

The following suggestions are offered to arbitrators to assist in assuring the active engagement of the brain's deliberative faculties and of unconscious blinders. Many arbitrators already take many of these steps, but there is value in developing a list :

- As you consider your decision and as you write the award consider the opposite side, assuming each to be correct.
- Identify why you may be wrong, what are the important pieces of evidence that go the other way and why are they not reliable or credible.
- Consult your co-arbitrators.
- Make sure you elicit the independent thinking of each member of the tribunal.
- Create a checklist with columns for each party and list the facts that favor that party.
- Create a checklist listing the legal claims and the elements of each claim and review how and whether they have been met looking at it from each side's perspective.
- Reduce your reliance on memory; look for record citations for all of the important facts.
- Replay how you reached your conclusion and think about what evidence you rejected and why.
- Write down your reasoning, even if you are issuing a bare award.
- Estimate the odds of being wrong. If they are too high, rethink the case.
- Try to identify any significant evidence that would be inadmissible or is unreliable that may have influenced you and consider the outcome without that evidence.
- Focus on the blinders and consciously consider whether you may have been influenced by them.
- Don't take too many cases. Make sure you leave enough time to think through all of the issues both factual and legal.
- Leave time to sleep on the award so that you can go back and review it with fresh eyes.
- Consider what you would have needed to have presented to you to have come to the opposite conclusion and consider whether in fact such evidence was presented.
- Ask yourself what the losing party would feel that you overlooked in your analysis.
- Consider, if somebody were to have concluded the other way, how would they write it, where and how would they differ.

As arbitrators learn more about the blinders that affect their thinking, best practices to foster a more engaged deliberative process is likely to evolve to improve the quality of decision making.

IV. ADVICE FOR ARBITRATION COUNSEL

Many sources offering guidance for effective advocacy have been published. Such tips as reading everything a prospective arbitrator has written, developing an appealing “story,” tailoring the manner and substance of the presentation to appeal to the specific arbitrators, are all practices which are, in fact, designed to understand and/or play to the unconscious of the arbitrator. To the wealth of literature on the subject consider three additional thoughts for counsel addressed specifically to uncovering and addressing or deflecting unconscious blinders.

A. How Many Arbitrators

If the size of the case warrants it and the accuracy of the decision is paramount, consideration should be given to having three arbitrators rather than one. The suggestion in the literature that “group decision-makers might be better equipped to combat some of the more pernicious cognitive blinders like hindsight bias”¹⁹ should not be ignored. Groups can remember more facts than individuals and in deliberating with one another can share remembered information leading to a more accurate determination. Three arbitrators bring different backgrounds and experiences to the arbitration and bring to the deliberations “differing insights and views of the events and motivations” which “provide the group with a more complete perspective out of which a better quality decision can be made.”²⁰

B. Tapping the Social Scientists

Jury consultants have long been employed in the United States as a response to the importance of selection and messaging in winning cases. Users of jury consultants find them useful and their widespread use is a testament to their utility. The arbitration community is just beginning to explore the arbitrators' psychology. In cases that warrant such an additional expendi-



ture, utilizing the services of social scientists to assist with an understanding of the psychological dimensions may be useful. Waites and Lawrence concluded in the foremost article on the subject of psychology and arbitrators that, like the mock jury used to prepare for a jury trial, "the most useful scientific tool we have in preparing for an arbitration hearing is a mock arbitration panel study."²¹

C. Enhanced Arbitrator Interviews

There is general approval of interviews of prospective arbitrators in the arbitral community with only 12 % of the respondents to the 2012 *Queen Mary and White & Case International Arbitration Survey* consid-

ering them inappropriate.²² However there was lack of agreement as to precisely what kinds of questions were permissible. Can we and should we now ask questions tailored to the dispute to flush out psychological drivers. While it might be argued that allowing an expansion of permissible questions would open a Pandora's Box and counsel could easily find themselves, even inadvertently, contaminating the neutrality of the prospective arbitrator, in the wake of the new information about psychology and the arbitrator a more detailed discussion of what should or should not be permissible in an arbitrator interview may be inevitable.

V. CONCLUSION

While legal principles and precedents impose some rigor on decision making by

arbitrators, subconscious factors that inevitably influence every person also play a significant role. With the current recognition of the psychological influences, a reexamination of best practices in arbitrator decision making is in order and concrete debiasing steps that arbitrators can take to improve the quality of their decisions should be considered. ♣

This article is adapted from a more comprehensive article on the subject: Edna Sussman, *Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do About Them*, American Review of International Arbitration, Vol. 24. No. 3 (2013).

1 Robert Coulson, *The Decisionmaking Process*, 45 ARBITRATION JOURNAL 37, 37 (1990).
2 Recent best-selling books on the subject include: DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW (2011); RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS (2009).
3 See, Chris Guthrie, *Misjudging*, 7 NEV. L. J. 420, 420 (2007) (hereafter "Misjudging").
4 Kahneman, *supra* note 2 at 19-105.
5 Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski/Andrew Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 CORNELL L. R. 101, 102-103 (2007) (hereinafter "Blinking on the Bench"); Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 RUTGERS L. J. 1 (1998).
6 *Id.*
7 Andrew Wistrich/Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding* 153 U. PA. L. R. 1251, 1279-81 (2005) (hereafter "Inadmissible Information").
8 *Misjudging*, *supra* note 3 at 421.
9 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1294-98. *Misjudging*, *supra* note 3 at 422-24.
10 See, *National Labor Relations Board v Jackson Hospital Corp.*, 257 F.R.D. 302, 307 (D. Col. 2009).
11 *Misjudging*, *supra* note 3 at 432-33.
12 Chris Guthrie/ Jeffrey J. Rachlinski/ Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86

CORNELL L. REV. 777, 825 (2001) (hereafter "Inside the Judicial Mind").
13 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1288-91.
14 *Misjudging*, *supra* note 7, at 43.
15 Inadmissible Information, *supra* note 7 at 1266.
16 Richard C. Waites/James E. Lawrence, *Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy*, in THE ART OF ADVOCACY IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 109-110, 114 (Doak Bishop and Edward G. Kehoe eds. 2010). *supra* note 23 at 109-110, 114.
17 Drew Westen/Pavel S. Blagov/ Keith Harenski, Clint Kilts/ Stephan Hamann, *Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints and Partisan Political Judgment in the 2004 U.S. Presidential Election*, 18:11 JOURNAL OF COGNITIVE NEUROSCIENCE, 1947 (2006).
18 Shari Seidman Diamond, *The Psychological Aspects of Dispute Resolution*, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS, ICCA Congress Series, No. 11, 631-633, London 2002 (Albert Jan van den Berg ed., 2003).
19 *Misjudging*, *supra* note 3 at 452-53.
20 Waites/Lawrence, *supra* note 16 at 115.
21 *Id.* at 118,119.
22 Queen Mary University of London/White & Case, 2012 *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices and the Arbitral Process*, at 6.

Préconceptions inconscientes et prise de décision de l'arbitre : Problèmes et solutions

« La plupart des études d'arbitrage se consacrent aux discussions concernant la loi applicable ou les diverses règles de procédure. Il semble encore plus important d'essayer d'analyser la manière dont les arbitres prennent leurs décisions et les raisons qui les y poussent » [Traduction] Robert Coulson, Président, Association américaine d'arbitrage, 1990.¹

À cette époque, la discussion de monsieur Coulson sur ce qu'on connaissait des influences psychologiques sur la prise de décision de l'arbitre présageait le débat vigoureux sur ce sujet qui s'est récemment développé, quelque 25 ans plus tard. Avec l'explosion des livres à succès sur la prise de décision et la vulgarisation de l'apprentissage psychologique sur le sujet,² les regards se sont portés vers une série de conférences, jusqu'à ce qu'on l'applique aux arbitres.

I. INTRODUCTION

La documentation qui étudie les phénomènes psychologiques qui font l'objet de cet

article s'y réfère en tant que « préjugés ». Parce que le mot « préjugé » a une connotation si profondément négative dans le

Edna Sussman, www.sussmanADR.com, est arbitre et médiatrice indépendante à temps plein et se spécialise dans les différends commerciaux internationaux et nationaux, et est la distinguée praticienne résidente du RED à l'école de Droit de l'Université Fordham. Elle contribue aux groupes d'experts en arbitrage et en médiation de plusieurs grandes institutions de règlement des différends, et agit à titre de vice-présidente du Centre d'arbitrage international de New York ainsi que sur le comité de direction et le conseil exécutif de l'Association américaine d'arbitrage et le Collège des arbitres commerciaux. Avant d'être régulièrement auteure et conférencière, elle présidait le comité d'arbitrage de la section de Droit international de l'Association du Barreau américain et la section de règlement des différends de l'Association du Barreau de l'État de New York.



domaine de l'arbitrage, cet article emprunte la nomenclature qu'utilise le Professeur Guthrie, et se réfère au préjugé comme des « préconceptions ». ³ Les préjugés/préconceptions dont il est question ici relèvent simplement de la nature humaine. Bien que les contraintes imposées par la loi pour amener plus de certitude et de prévisibilité, comme préciser les éléments des motifs de plainte et établir le fardeau de la preuve, sont efficaces jusqu'à un certain point, il reste qu'ultimement ce sont des juges et des arbitres, donc des êtres humains, qui rendent les décisions. Du point de vue de l'anatomie, leur esprit fonctionne comme celui des autres. Une formation en droit ne peut aucunement modifier cette réalité fondamentale.

Le cerveau humain combine un élément intuitif et un élément logique, réalité connue et discutée depuis aussi longtemps que l'époque de Platon. C'est maintenant prouvé scientifiquement. Lauréat du prix Nobel, Kahneman a récemment popularisé ce qu'il appelle le Système 1, soit notre mode de pensée rapide, automatique, instinctif, de grande capacité et demandant peu d'effort, et le Système 2 notre mode de pensée lent, réfléchi, à capacité limitée et qui demande une grande énergie. ⁴ Son analyse fondée sur la recherche moderne pose essentiellement comme principe que nous ne pouvons fonctionner sans les deux, et que le processus de prise de décision humain fonctionne avec le Système 1, en portant des jugements intuitifs qui sont parfois modifiés par le processus logique du Système 2.

Cette dichotomie reflète les deux modèles traditionnels avec lesquels on a habituellement considéré le jugement : le modèle « formaliste » en vertu duquel on croit que les juges appliquent la loi selon les faits d'une manière logique et délibérée, et le modèle « réaliste » en vertu duquel on croit que les juges suivent leur intuition pour poser leur jugement et rationalisent ensuite leur jugement pas le raisonnement. ⁵

Des chercheurs ont exploré les effets du Système 1 et du Système 2 sur la prise de décision judiciaire. La recherche a démontré que, comme pour tous les êtres hu-

ains, les réactions intuitives du Système 1 jouent un rôle crucial dans la prise de décision des juges. ⁶ Compte tenu de la similitude des tâches, c'est donc dire que les mêmes effets se retrouvent également sur la prise de décision des arbitres.

Cet article traite des processus intuitifs inconscients, les préconceptions, et apporte des suggestions pour favoriser une meilleure intégration de la logique, et améliorer la qualité des décisions prises par les arbitres. Afin de fournir un contexte qui reflète la prise de décision arbitrale, je présente les résultats d'un sondage que j'ai mené en octobre 2012 (le « sondage 2012 sur les arbitres »). Le sondage, qui a été distribué aux États-Unis et à des collèges dans le monde entier, a suscité 401 réponses.

I. PRÉCONCEPTIONS INCONSCIENTES

Dans leurs principaux travaux sur le sujet de la prise de décision judiciaire, Guthrie, Wistrich et Rachlinski ont abordé la question de savoir pourquoi il peut être difficile d'obtenir une décision juste dans une affaire au moyen d'études menées auprès de centaines de juges. ⁷ Ils ont identifié trois ensembles de préconceptions qui constituent les influences psychologiques pouvant conduire à des décisions erronées : les préconceptions dérivées de l'information, de la connaissance et de l'attitude; ⁸ Ces catégorisations sont utilisées comme telles dans cet article.

A. Préconceptions dérivées de l'information – Preuve irrecevable

Le sondage 2012 sur les arbitres a confirmé que les arbitres admettent généralement des preuves qui n'auraient pas été recevables en cour. Pourtant, les études menées auprès des juges ont confirmé que les preuves irrecevables, un coup entendues, ont une incidence profonde sur la décision rendue par les juges. Les juges qui ont vu un document clairement privilégié pouvant être préjudiciable à l'affaire se prononcent deux fois plus souvent en faveur de l'autre partie que ceux qui ne l'ont pas vu. Seulement 75 % des juges qui ont vu un avis de rappel, une mesure corrective subséquente irrecevable, se prononcent pour la défense

alors que 100 % des juges qui ne l'ont pas vu en font autant. ⁹ Comme un tribunal l'a dit, vous ne pouvez pas « dés-entendre ce que vous avez entendu ». [Traduction] ¹⁰ Si on tient compte de l'inconscient, ce résultat n'est pas surprenant.

Que peuvent faire les arbitres pour essayer de surmonter cette préconception ? Tout d'abord, les arbitres devraient vraiment faire ce qu'ils ont dit qu'ils feraient et consciemment, peser la fiabilité des éléments de preuve qu'ils ont promis d'évaluer pour fins de pondération. L'examen des conclusions préliminaires du dossier, visant à voir si le résultat aurait été différent si un élément de preuve reconnu comme peu fiable n'avait pas été présenté, peut servir de contrôle en montrant aux arbitres dans quelle mesure de tels éléments de preuve ont influencé leur réflexion.

B. Préconceptions dérivées de la connaissance – Heuristique

Les préconceptions dérivées de la connaissance sont des modèles de déviation du jugement pouvant mener à une distorsion de la perception, un jugement inexact ou une interprétation illogique. Ils comprennent l'heuristique, des raccourcis mentaux qui permettent aux gens de résoudre des problèmes, de porter des jugements et de réagir à des situations rapidement et efficacement sans s'arrêter constamment pour penser aux prochaines options.

1. Préconception par la rétrospection

Des études ont démontré que les événements subséquents faussent la prise de décision. Par exemple, dans une étude, 57 % des juges à qui on a informé qu'une inondation avait eu lieu alors qu'aucune précaution n'avait préalablement été prise, ont conclu à une négligence alors que parmi les juges à qui on n'a rien mentionné concernant l'inondation qui s'en est ensuivie, seulement 24 % ont conclu à une négligence. ¹¹ La nature même de l'arbitrage prévoit une évaluation des événements après coup, ce qui rend donc le processus particulièrement vulnérable à la préconception par la rétrospection. On décrit la rétrospection comme « le pro-



blème le plus compliqué pour les juges ».¹²

Dans certains cas, le fardeau de la preuve peut être utile pour contrer la rétrospection. Si on dresse une liste des faits prouvés dans la période de temps pertinente, qu'on les isole des événements subséquents pouvant influencer, et qu'on applique le fardeau de la preuve aux faits antérieurs, ça devrait aider à minimiser l'impact de la rétrospection.

2. Préconception par l'ancrage

Des chiffres dénués de pertinence pour une décision peuvent avoir une influence considérable sur un verdict de dommages-intérêts. Dans une étude, les juges qui, dans une conférence de règlement amiable, ont entendu une réclamation de 10 millions \$ en ont attribué 2,2 millions \$ alors que les autres juges, avec les mêmes faits mais à qui on a simplement mentionné que la réclamation comportait un montant élevé, ont alloué 800 000 \$.¹³ Dans une autre étude, des juges qui ont entendu une requête en irrecevabilité pour défaut de rencontrer le montant juridictionnel minimum du tribunal de 75 000 \$ ont attribué une moyenne de 880 000 \$ alors que ceux qui n'ont pas entendu la requête ont attribué une moyenne de 1,2 million \$ avec les mêmes faits.¹⁴ Les nombreuses études ont prouvé que les gens resteront ancrés dans leur réponse en raison des chiffres qui n'ont aucun rapport avec la question qu'on leur demande de répondre, et vont s'y ajuster.

Les résultats du sondage 2012 sur les arbitres ont démontré que de nombreux arbitres trouvent que de quantifier les dommages est souvent plus difficile que de déterminer la responsabilité. Il n'y a sou-

vent pas de bonne réponse claire, ce qui ouvre peut-être la porte à l'influence de la préconception par l'ancrage. Analyser la preuve des dommages en ayant en tête l'influence de la préconception par l'ancrage devrait aider les arbitres à éviter de tomber dans ce piège.

3. Préconception par l'encadrement

Dans une expérience fascinante, on a utilisé la même série d'adjectifs dans un ordre différent pour décrire deux personnes.

Alan – intelligent – adroit – impulsif – critique – têtu – envieux

Ben – envieux – têtu – critique – impulsif – adroit – intelligent

L'étude a révélé que le premier adjectif faussait l'évaluation des sujets par rapport aux derniers, conduisant les sujets de l'expérience à voir Alan comme quelqu'un de compétent avec quelques lacunes, et Ben comme une personne à problèmes dont les habiletés sont entravées par de graves difficultés.¹⁵

Les arbitres sont conscients que les différences de qualité dans la pratique du droit peuvent affecter leur décision. Les arbitres essaient de voir au-delà de la méthode et du style de présentations pour déterminer la véritable histoire. Encore une fois, le fait de reconnaître l'influence psychologique qu'une présentation bien structurée peut avoir devrait contribuer à renforcer la capacité de l'arbitre à surmonter les arguments erronés, même s'ils sont bien encadrés.

4. Préconception par la confirmation

Dans le contexte de la prise de décision

arbitrale, la préconception par la confirmation est une préconception particulièrement pernicieuse. Tous les arbitres disent qu'ils gardent « un esprit ouvert » jusqu'à la fin de l'audience et il est certain que les arbitres considèrent honnêtement que c'est vrai. Cependant, l'apprentissage psychologique démontre qu'il s'agit là d'une préconception en soi. Waites et Lawrence ont conclu dans leur principal article sur le sujet de la psychologie et des arbitres : « un arbitre typique conclut la phase initiale avec en tête une seule histoire qui prédomine... en réalité la présentation arbitrale est un processus de filtration des éléments de preuve pour tester leur hypothèse individuelle concernant l'affaire ... Les arbitres ... mettront tout en œuvre pour faire adhérer leurs perceptions des faits et circonstances de l'affaire dans l'histoire qu'ils se sont forgée... »¹⁶ [Traduction]

Le sondage 2012 sur les arbitres appuie cette conclusion. 88 % des arbitres se font une opinion préliminaire sur le bien-fondé de l'affaire dans au moins 25 % du temps après n'avoir entendu que la conférence préparatoire à l'audience tandis que 37 % se sont forgé de telles opinions dans au moins 50 % du temps. 60 % des arbitres ont changé d'opinion à partir de leur définition initiale dans seulement 30 % du temps, ou moins.

Pour contrer cette préconception, il serait utile de s'assurer que les deux « histoires » soient utilisées à des fins de discussion tout au long de la procédure. On peut envisager la pertinence que les co-arbitres résument les éléments de preuve chaque jour pendant le dîner, mais de temps en temps, voir à ce qu'ils changent de côté les éléments de preuve qu'ils réunissent pour s'assurer que tous les points de vue sont pleinement pris en compte tout au long du processus.

II. PRÉCONCEPTIONS DÉRIVÉES DE L'ATTITUDE – ANTÉCÉDENTS ET EXPÉRIENCE

Dans une étude saisissante, des chercheurs ont travaillé avec de fervents partisans des candidats aux élections présidentielles américaines de 2004. On leur a fait écou-

« La norme idéale pour les disputes Canadiennes »

Fixation de la norme

Nos Règles d'arbitrage nationales et Règles nationales de médiation sont reconnues comme étant la norme idéale en matière de règlement des conflits à l'échelle nationale.

Pour recevoir des copies des règles pour la distribution aux étudiants ou aux autres appelez Mena à 416-487-4733 ou 1-877-475-4353
mena@adrcanada.ca www.adrcanada.ca



ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de
Médiation du Canada Inc.



ter les déclarations des candidats. L'étude a démontré que la partie du cerveau qui raisonne (le Système 2) est restée totalement inactive; tout renseignement négatif à propos de leur candidat était automatiquement éliminé. Les renseignements n'atteignaient jamais la partie logique du cerveau.¹⁷

Chaque arbitre est influencé uniquement par ses propres expériences de vie et influences culturelles tout comme les juges sont influencés par leurs propres antécédents. Pour résumer ces influences sur ce que font les arbitres, Shari Diamond fait référence à « l'effet d'affinité » qui surgit lorsque les « décideurs sont influencés par leurs antécédents culturels, leurs expériences antérieures et leurs associations personnelles quand ils formulent leur compréhension et jugement d'un comportement qu'ils doivent prendre en considération afin de parvenir à leurs décisions ». [Traduction] Puis « l'effet d'anticipation » qui entraîne des « croyances sur le monde et des idées préconçues en ce qui concerne la crédibilité probable de certains types de témoins qui affectent la façon dont les décideurs évaluent les éléments de preuve » [Traduction] et fait en sorte que les décideurs sont davantage « enclins à rejeter les renseignements incompatibles avec leurs croyances et attentes ».¹⁸ [Traduction]

III. AMÉLIORATION DE LA PRISE DE DÉCISION ARBITRALE

Les suggestions suivantes sont destinées à aider les arbitres à assurer la participation active des facultés logiques de leur cerveau et des préconceptions inconscientes. Bon nombre d'arbitres suivent déjà plusieurs de ces étapes, on peut cependant ajouter de la valeur en développant une liste :

- Au moment d'écrire votre jugement lorsque vous réfléchissez à votre décision, tenez compte du côté opposé en supposant que chaque côté est de bonne foi.
- Identifiez pourquoi vous pourriez avoir tort, quels sont les éléments de preuve pertinents qui pourraient ne pas l'être, et pourquoi ils ne sont pas fiables ou peu crédibles.
- Consultez vos co-arbitres.
- Assurez-vous de susciter la pensée in-

dépendante de chaque membre du tribunal.

- Créez une liste contenant des colonnes pour chaque partie et énumérez les faits qui sont en faveur de chaque partie.
- Créez une liste pour énumérer les revendications juridiques et les éléments de chaque revendication et révisez la façon dont ils ont été considérés, le cas échéant, en regardant à partir du point de vue de chaque partie.
- Éviter de trop vous fier à votre mémoire; cherchez les citations consignées au dossier concernant tous les faits pertinents.
- Repassez la façon dont vous êtes parvenu à votre conclusion et pensez aux éléments de preuve que vous avez rejetés, et aux raisons pour lesquelles vous les avez rejetés.
- Écrivez votre raisonnement, même si vous prononcez une simple sentence.
- Estimez les risques d'être en tort. S'ils sont trop élevés, révisez le dossier.
- Essayez d'identifier d'importants éléments de preuve qui pourraient être recevables ou non fiables qui auraient pu vous influencer, et estimer le résultat sans cette preuve.
- Concentrez-vous sur les préconceptions et de façon consciente, estimez la probabilité d'avoir été influencé par elles.
- N'acceptez pas trop de dossiers. Assurez-vous d'avoir suffisamment de temps pour réfléchir à toutes les questions, tant factuelles que juridiques.
- Accordez-vous du temps pour dormir sur votre décision pour que vous puissiez y revenir et la réviser avec un regard neuf.
- Pensez à ce dont vous auriez eu besoin qu'on vous présente pour en arriver à la conclusion opposée, et envisagez la possibilité qu'une telle preuve vous ait été présentée.
- Demandez-vous comment la partie perdante se sentirait si vous aviez négligé quoique ce soit dans votre analyse.
- Si quelqu'un d'autre en était arrivé à la

conclusion inverse, pensez à la façon dont ils l'auraient rédigée et en quoi résiderait la différence.

Tandis que les arbitres en apprennent davantage sur les préconceptions qui affectent leur façon de penser, les meilleures pratiques pour favoriser l'implication d'un processus logique sont susceptibles d'évoluer pour améliorer la qualité de la prise de décision.

IV. CONSEILS POUR AVOCAT SPÉCIALISÉ EN ARBITRAGE

Il existe de nombreuses publications qui donnent des conseils pour défendre une cause efficacement. Ces trucs tels que lire tout ce qu'un arbitre potentiel a écrit, développer une « histoire » attrayante, adapter la méthode et le contenu de la présentation pour séduire les arbitres spécifiques, sont toutes des pratiques qui, en fait, visent à comprendre et/ou jouer sur l'inconscient de l'arbitre. Et pour ajouter à l'abondante documentation sur le sujet, explorez trois autres idées destinées aux avocats qui visent expressément à découvrir et à traiter ou dévier les préconceptions inconscientes.

A. Nombre d'arbitres

Si l'ampleur du dossier le justifie et que l'exactitude de la décision est primordiale, il faut envisager d'avoir trois arbitres plutôt qu'un seul. On suggère dans la documentation de ne pas ignorer que « les groupes de décideurs peuvent être mieux outillés pour lutter contre certaines des préconceptions dérivées de la connaissance les plus pernicieuses comme le préjugé par la rétrospection ».¹⁹ Les groupes peuvent se souvenir d'encore plus de faits que les individus, et en délibérant les uns avec les autres, ils peuvent partager les renseignements dont ils se souviennent, menant ainsi à une décision plus précise. Trois arbitres amènent des antécédents et expériences différents à l'arbitrage, amenant aux délibérations « une divergence

ADR Connect:

<http://adrcanada.force.com/adrmemberssearch>
Find a Mediator, Arbitrator, Trainer or other ADR Specialist



ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de
Médiation du Canada Inc.



des idées et points de vue par rapport aux événements et motivations », ce qui « offre au groupe une perspective plus large d'où peut émerger une meilleure qualité de décision ». ²⁰

B. Recours aux spécialistes des sciences sociales

On embauche des consultants spécialisés en formation de jury depuis longtemps aux États-Unis en réponse à l'importance qu'on accorde à la sélection et à la transmission des messages pour gagner les causes. Ceux qui embauchent ces consultants les trouvent utiles, et leur grande utilisation en témoigne. Le milieu de l'arbitrage commence à peine à explorer la psychologie des arbitres. Dans les cas qui justifient une telle dépense supplémentaire, le recours aux services de spécialistes des sciences sociales peut être avantageux pour aider à comprendre les dimensions psychologiques. Waites et Lawrence ont conclu dans le principal article sur le sujet de la psychologie et des arbitres que, tout comme la simulation du jury prépare à un procès

devant jury, « l'outil scientifique de comparaison à l'audience d'arbitrage le plus utile qui soit est une étude par simulation d'un groupe d'arbitrage ». [Traduction] ²¹

C. Amélioration des entrevues d'arbitre

On s'accorde généralement à approuver la tenue d'entrevues pour les arbitres potentiels dans le milieu de l'arbitrage, où seulement 12 % des répondants au sondage *Queen Mary and White & Case International Arbitration* réalisé en 2012 les jugent inappropriées. ²² Cependant, on ne s'entendait pas tout à fait sur le genre de questions acceptables. À présent, on se demande si on peut et si on doit poser des questions adaptées au différend pour éliminer les motifs psychologiques. Bien qu'on puisse soutenir que le fait de permettre l'élargissement de questions acceptables pourrait ouvrir une boîte de Pandore et qu'un avocat pourrait facilement contaminer la neutralité de l'arbitre potentiel, même par inadvertance, par suite de la nouvelle information concernant la psychologie et l'arbitre, une discussion plus

détaillée de ce qui devrait ou ne devrait pas être admis dans une entrevue d'arbitre pourrait être inévitable.

V. CONCLUSION

Bien que les principes et la jurisprudence imposent une certaine rigueur dans la prise de décision par les arbitres, les facteurs inconscients qui influencent inévitablement chaque personne jouent un rôle important. Par suite de la reconnaissance actuelle des influences psychologiques, on peut admettre un réexamen des meilleures pratiques de prise de décision arbitrale, et on devrait considérer les mesures concrètes que les arbitres peuvent prendre, qui leur permettraient de sortir des préjugés et d'améliorer la qualité de leurs décisions. ❁

Cet article est adapté d'un article plus complet sur le sujet : Edna Sussman, *Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do About Them*, *American Review of International Arbitration*, Vol. 24. No. 3 (2013).

1 Robert Coulson, *The Decisionmaking Process*, 45 *ARBITRATION JOURNAL* 37, 37 (1990).
2 Quelques récents livres à succès sur le sujet : DANIEL KAHNEMAN, *THINKING, FAST AND SLOW* (2011); RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* (2009)
3 Voir : Chris Guthrie, *Misjudging*, 7 *NEV. L. J.* 420, 420 (2007) (ultérieurement « Misjudging »).
4 Kahneman, *supra* note 2 à 19-105.
5 Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski/Andrew Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 93 *CORNELL L. R.* 101, 102-103 (2007) (Ci-après « Blinking on the Bench »); Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision Making*, 30 *RUTGERS L. J.* 1 (1998)
6 *Id.*
7 Andrew Wistrich/Chris Guthrie/Jeffrey Rachlinski, *Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding* 153 *U. PA. L. R.* 1251, 1279-81 (2005) (Ultérieurement « Inadmissible Information »).
8 *Misjudging*, *supra* note 3 à 421.
9 *Inadmissible Information*, *supra* note 7 à 1294-98. *Misjudging*, *supra* note 3 à 422-24
10 *Voir*, *National Labor Relations Board v Jackson Hospital Corp.*, 257 *F.R.D.* 302, 307 (D. Col. 2009).
11 *Misjudging*, *supra* note 3 à 432-33.

12 Chris Guthrie/ Jeffrey J. Rachlinski/ Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, 86 *CORNELL L. REV.* 777, 825 (2001) (ultérieurement « Inside the Judicial Mind »).
13 *Inadmissible Information*, *supra* note 7 à 1288-91.
14 *Misjudging*, *supra* note 7, à 43.
15 *Inadmissible Information*, *supra* note 7 à 1266.
16 Richard C. Waites/James E. Lawrence, *Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy*, in *THE ART OF ADVOCACY IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, 109-110, 114 (Doak Bishop and Edward G. Kehoe eds. 2010). *supra* note 23 à 109-110, 114.
17 Drew Westen/Pavel S. Blagov/ Keith Harenski, Clint Kilts/ Stephan Hamann, *Neural Bases of Motivated Reasoning: An fMRI Study of Emotional Constraints and Partisan Political Judgment in the 2004 U.S. Presidential Election*, 18:11 *JOURNAL OF COGNITIVE NEUROSCIENCE*, 1947 (2006).
18 Shari Seidman Diamond, *The Psychological Aspects of Dispute Resolution*, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: IMPORTANT CONTEMPORARY QUESTIONS*, ICCA Congress Series, No. 11, 631-633, London 2002 (Albert Jan van den Berg ed., 2003).
19 *Misjudging*, *supra* note 3 à 452-53.
20 *Waites/Lawrence*, *supra* note 16 à 115.
21 *Id.* à 118,119.
22 *Queen Mary University of London/White & Case, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices and the Arbitral Process*, 6.

Advertise
Affichez votre
publicité



ADR Institute of Canada, Inc.
Institut d'Arbitrage et de
Médiation du Canada Inc.

Advertise in the Canadian Arbitration and Mediation Journal
Ask for a rate card: JOURNAL@adrcanada.ca

Affichez votre publicité dans le Journal canadien
d'arbitrage et de médiation
Informez-vous sur les tarifs : JOURNAL@adrcanada.ca

416-487-4733 • 877-475-4353

