

אין כמו חוות דעת משפטית טובה (ובחינם) בתור לרופא ! / עו"ד דורון אפיק

"שיחות קופת חולים" זה שם שנתתי לפני שנים רבות למצב בו לקוח מלווה על ידי משרדנו, אשר בונה לו אסטרטגיה מלאה של ההתנהלות (בין במשא ומתן מסחרי ובין בהליך לטיגציה מורכב) ואז ברגע הקריטי הלקוח מגיע עם רעיונות חדשים כי "מישהו" אמר לו שיש דרך טובה יותר או נכונה יותר. אותו "מומחה" חדש עשוי להיות פרופסור למשפטים וכלכלה (עם התמחות במדעי הגרעין משולבת בתואר שלישי ביחסים בינלאומיים ודיפלומטיה) שבמקרה ישב ליד הלקוח כשחיכה בתור לרופא. כמובן שחוות דעתו המנומקת והיסודית של המומחה לא הייתה בכתב, לא הייתה מבוססת על מידע מלא ואין לה שום משמעות למעט גרימת נזק. גם בית המשפט העליון חושב ככה.

עבירה פלילית דורשת שני מרכיבים: ביצוע "פעולה פלילית" (*Actus Rea*) וקיומה של "מחשבה פלילית" (*Mens Rea*), כאשר משמעות כל אחד ממושגים אלה משתנה בהתאם להגדרת העבירה בחוק. במקרים מסוימים, הסתמכות על עצה משפטית של עורך דין עשויה להוות הגנה מפני עבירה פלילית, אולם בית המשפט העליון¹ התווה כללים ברורים לגבי מהי חוות דעת משפטית שקיימת לה משמעות ומתוך כך (ולדבר השלכות גם לסוגיות שאינן פליליות) מהי "חוות דעת משפטית רצינית". כך, ראשית, על הייעוץ המשפטי להתבסס על מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית והמדויקת למקרה מסוים, נדרש שעורך הדין יהיה בעל מומחיות בתחום שבו מתבקשת חוות הדעת המשפטית (ובסוגיות מורכבות על עורך דין להיות בעל בקיאות גבוהה בכל ענפי המשפט הרלוונטיים) ועל חוות הדעת להיות "רצינית על פניה" ולכן צריכה במקרים מסוימים להיות בכתב ומנומקת. כמובן גם שנדרש שהנאשם בפלילים אכן פעל בהתאם לחוות הדעת המשפטית ולא התעלם ממנה.

בפסק דין של בית המשפט העליון ממאי, 2022², דובר בעבירה של הגבלים עסקיים כאשר קבוצת קבלנים החליטו יחד שלא להשתתף במכרז ממשלתי ובין היתר טענו כי הסתמכו על ייעוץ משפטי מכיוון שעורך דין היה מעורב בתהליכים ולא ציין שמדובר בעבירות פליליות. בית המשפט העליון לא הסתפק בדחייה של הטענה אלא שכב' השופטת דפנה ברק-ארז גם הבהירה שנסיונות המקרה מדגימות היטב את החשיבות הנודעת לתפקידם של יועצים משפטיים כשומרי סף. עורכי דין נדרשים אמנם באופן יזום להזהיר מפני ההיבטים הפליליים של המעשים אך גם מי שנוזקק לשירותים משפטיים מחויב להציג שאלות קשות ולפעול באופן רציני לברור, ולא רק לנקוט בגישה של "אל תעירו ואל תעוררו".

האמור מעלה לגבי עבירות פליליות נכון גם לפעולות במישור המסחרי או התאגידי. אדם אינו יכול להסתמך על חוות דעת שקיבל מ"מומחה" במקרה בתור לרופא (או בכל מצב אחר בו לא מדובר בעורך דין בעל מומחיות, הבנה עסקית והכרות של מלוא העובדות הרלוונטיות), כדי לקבל החלטות מסחריות והוא עשוי למצוא את עצמו פוגע בעצמו, אך לעתים אף חשוף לתביעות של צדדים שלישיים.

נושא הייעוץ המשפטי המקצועי חשוב שבעתים כאשר מדובר בבעל תפקיד בחברה, ובוודאי בעל תפקיד בחברה ציבורית, אשר מחויב לא רק לקבל ייעוץ משפטי, אלא שהייעוץ המשפטי יהיה על ידי מי ששולט בתחום וכאשר עורך הדין מעורב באופן שוטף בענייני החברה, מכיר את מלוא העובדות הרלוונטיות (וכאן, אם יש ספק אם סוגיה מסוימת רלוונטית אז אין ספק: הכל רלוונטי), ובעל התפקיד גם פועל בהתאם לייעוץ המשפטי שקיבל. יתרה מכך, בעל תפקיד בחברה מחויב גם להציג ליועץ המשפטי שאלות קשות ולפעול לברור.

¹ עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בהפקות באוסטרליה ובניו יורק, דיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיות, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (גישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנות ישראליות ובינלאומיות. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.
² 845/02 ע"פ מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (10.10.2007) - <https://he.afiklaw.com/caselaw/13756> - (03.05.2022) <https://he.afiklaw.com/caselaw/13758> - עפ 207/20 אשר אופיר נ' מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים

The is nothing like a good free legal opinion on the line to the doctor ! / Doron Afik, Esq.*

"HMO talks" is a name I gave many years ago to a situation where a client is accompanied by our firm, which builds for him a complete strategy of conduct (whether in commercial negotiations or a complex litigation process) and then, at the critical moment, the client comes up with novel ideas because "someone" told him that there is a better or more correct way. That new "expert" might be a professor of law and economics (with a PHD in nuclear physics combined with a PhD in international relations and diplomacy) who happened to be sitting next to him while waiting in line for a doctor. Of course, the expert's reasoned and thorough opinion was not in writing, was not based on full information and has no meaning other than to cause harm. The Supreme Court of Israel also thinks so.

A criminal offense requires two components: a "criminal act" (*Actus Rea*) and a "criminal thought" (*Mens Rea*), with the meaning of each of such terms varying based on the definition of the offense under law. In some cases, relying on a lawyer's legal advice may constitute a criminal defense, but the Supreme Court of Israel has outlined clear rules as to what a meaningful legal opinion is and hence (and this also has implications for non-criminal issues) what a "serious legal opinion" is. A legal advice must be based on the full relevant and accurate factual infrastructure for a particular case, the lawyer must have expertise in the field in which the legal opinion is sought (and in complex issues the lawyer must be highly proficient in all relevant legal disciplines) and the opinion must be *prima facie* "serious" therefore in some cases should be in writing and reasoned. Of course it is also required that the criminal defendant did indeed act in accordance with the legal opinion and did not disregard it.

In a case decided by the Israeli Supreme Court in May, 2022, an antitrust offense was conducted by a group of contractors who decided together not to participate in a government tender and *inter alia* contended to rely on legal advice because a lawyer was involved in the proceedings and did not flag out the criminal offenses. The Supreme Court did not only reject such contention but the Honorable Justice Dafna Barak-Erez also clarified that the circumstances of the case well illustrate the well-known importance of the role of legal advisers as gatekeepers. While lawyers are proactively required to warn against the criminal aspects of the acts, also those who need legal services are obliged to pose difficult questions and act seriously to clarify them, and not just take a "don't ask, don't tell" approach.

The aforesaid regarding criminal offenses is also true for actions at the commercial or corporate level. A person can not rely on an opinion received from an "expert" by change on the line to a doctor (or in any other situation where it is not a lawyer with expertise, business understanding and knowledge of all the relevant facts) to make commercial decisions and such may find himself damaging his interests, but sometimes even exposed to lawsuits from third parties.

The issue of professional legal advice is even more important when it comes to a company officer, and certainly a public company officer, who is obliged not only to receive legal advice, but the legal advice will be by a person with expertise in the field and with the legal advisor regularly involved in the company, knows all the relevant facts (and here, if there is any doubt as to whether a particular issue is relevant then there is no doubt: everything is relevant), and the officer also acts in accordance with the legal advice received. Moreover, a company officer is also required to pose difficult questions to the legal advisor and act to clarify such.

*Doron Afik, Esq. is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries (www.afiklaw.com). Doron served an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on Australian and New York IPO's, international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and the ICC Master Class for arbitrators and also serves as arbitrator. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com