

לא הספקתי לקרוא את תנאי ביטוח הדירקטורים ונושאי משרה / עו"ד דורון אפיק, עו"ד אלעד טובול*

כל מי שעשה בגרות בפיזיקה (או למד מכניקה) מכיר (או אמור להכיר) את המושג "מקבילית הפוחות" - הכוח השקול של שני הכוחות הפועלים הוא הווקטור האלכסוני במקבילית שנוצרה, או בתחום העסקי, ככל שעסקה מסובכת יותר, ככה המעורבים בעסקה מקפידים פחות על הפרטים או בטיפול בסוגיות החשובות שעלולות להפריע לעסקה לקרות... וביטוח, כידוע, הוא סוגיה מסובכת שלא עורכי הדין של העסקאות ובוודאי לא אנשי העסקים בדרך כלל מבינים בה, והיא "עלולה להפריע" לעסקה ...

חוזה ביטוח ככלל, הוא צופה פני עתיד ומטרתו לכסות סיכונים שאין ודאות שיתרחשו, אולם ניתן להפחית את הסיכון הנובע מהם על ידי תשלום למבטח של פרמיה הנקבעת על בסיס הערכת סיכוי, סיכון, היסטוריית המבטח והענף הרלוונטי. בהתאם לכך, כל ביטוח, כמו גם ביטוח דירקטורים ונושאי משרה, מבוסס על הערכת סיכון שמבצע המבטח בהתאם למטרה שלשמה נרכש; לתקופה בגינה נרכש; לפרמיה ששולמה ולגורמים נוספים¹. לשם כך, קיימת חשיבות אדירה לאופן בו נעשית הפניה למבטח ובכלל זה הבנת הסיכון, אפיונו ודיוק המלל של הפוליסה. הדבר בוודאי נכון כאשר פונים כאשר קרה אירוע ביטוחי, שכן קיימת חשיבות קרדינאלית לאופן שבו נעשית הפניה, לניהול נכון מדויק ומקצועי של התהליך ולהתמודדות עם טענות המבטח ביחס לכיסוי.

לדוגמה: איש עסקים אמריקאי ייסד ספאק, גייס כ-80 מיליון דולר אך גם השקיע באופן אישי והיווה את בעל המניות הגדול ביותר בספאק. כמקובל בספאקים, נדרש הספאק להתמזג עם חברת מטרה בתוך שנתיים, וכך אכן היה, אולם המיזוג נכשל והסתיים בתביעה בארה"ב כנגד חברי הדירקטוריון בטענה שהדירקטורים הזדרזו, ממניעים אישיים, לאשר את עסקת המיזוג מבלי לבצע את הבדיקות הנדרשות, והכל במטרה להציל את השקעותיהם האישיות. במקום חברת המטרה המקורית התמזג לבסוף הספאק עם חברת סייבר התקפי ישראלית, שהתקשרה בביטוח דירקטורים ונושאי משרה, אך גם מיזוג זה הסתיים בהליכים משפטיים נגד נושאי המשרה. חברת הביטוח סירבה לספק כיסוי ביטוחי לאיש העסקים, בין היתר מכיוון שטענה שהפעולות בגינם הוגשה התביעה נעשו בכובעו כדירקטור בספאק (בין אלה שנעשו במיזוג הראשון שנכשל ובין במיזוג השני) ולא בחברה הממוזגת, אשר רכשה את הכיסוי הביטוחי (הגם שהביטוח כלל כיסוי המתחיל במועד מוקדם יותר), וכי ביטוח נושאי המשרה של הספאק שילם את מלוא הכיסוי במסגרת כיסוי run-off (כיסוי לתקופה שלאחר תום הביטוח, וחל רק לגבי אירועים הנוגעים לתקופה בטרם סיום הביטוח). בית המשפט המחוזי בתל אביב² דחה בפברואר, 2023, את רוב את התביעה בגובה 13 מיליון ש"ח שהוגשה נגד חברת הביטוח לאחר שבחן את לשון הפוליסה וקבע לבסוף שהספאק לא הופיע בהגדרת החברות המבוטחות ולכן הכיסוי הביטוחי חל אך ורק לפעילות בתחום המוגדר (טכנולוגיה) של החברה החדשה שנוסדה לאחר המיזוג.

דוגמה זו ממחישה את העובדה שגם (ולא רק) בעסקה מורכבת, כמו מיזוג עם ספאק או כל עסקת מיזוג או רכישה אחרת, חשוב לא רק לבטח את הסיכונים ולדייק אותם אלא גם להשתמש ברוקר ביטוח מומחה המכיר לפרטיו את התחום, לרבות את הפוליסה על מורכבויותיה, הרגולציה הרלוונטית, פרקטיקות וטקטיקות משא ומתן מול מבטחים בעת ההתקשרות ובקורות אירוע ביטוח וכזה שיוכל גם להפעיל בתבונה מנופים מסחריים מול המבטחים. בנוסף, חשוב ביותר להיעזר גם בעורך דין בעל ניסיון בתחום וניסיון בעבודה עם ברוקר הביטוח, כך שיוכל לנהל את ההליך ולתכלל את שיקול הביטוח לתוך השיקולים העסקיים. בסופו של דבר יש רק חוק אחד חזק מכללי הפיזיקה והמכניקה, והוא חוק מְרָפִי (ובהקבלה מ'מקבילית הפוחות': ככל שהביטוח פחות טוב, סיכוי גבוה יותר שיידרש).

* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, 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 (גיטור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות.

עו"ד אלעד טובול הינו סמנכ"ל, יועמ"ש ומנהל תחום התביעות בקבוצת האודן ישראל (howden.co.il). האודן ישראל, הינה חלק מתאגיד הביטוח הבינלאומי Hyperion שמרכזו בלונדון, ובו כ-220 משרדים ב-40 מדינות. האודן ישראל הינה סוכנות הביטוח הכללי הגדולה בישראל, ועוסקת במגוון תחומי ביטוח, לרבות אחריות דירקטורים ונושאי משרה. משרד אפיק ושות' פועל בשיתוף פעולה צמוד עם קבוצת האודן, לרבות בנושאי ביטוח דירקטורים ונושאי משרה. 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.

¹ תא (י-ם) 9358/07 פלוגתי נ' ד"ר אלשעבאני יוסף (21.07.2010), בית המשפט המחוזי ירושלים, כב' השופט משה רביד - <https://he.afiklaw.com/caselaw/15611>
² תא (ת"א) 24584-09-19 Benjamin Gordon נ' Guest Krieger Ltd (05.02.2023) - בית המשפט המחוזי תל אביב, כב' השופטת חנה פלינר - <https://he.afiklaw.com/caselaw/15609>

I Didn't SPACulate that I would Need to Read the D&O Terms / Doron Afik, Esq., Elad Tubol, Adv.*

Anyone who graduated in physics (or studied mechanics) knows (or should know) the concept of "Parallelogram of forces" - the aggregated force of the two acting forces is the diagonal vector in the parallelogram created, or in the business field, the more complicated a transaction is, the less those involved in the transaction pay attention to the details or to dealing with the important issues that may hinder the transaction... and D&O insurance, as we all know, is a complicated issue that the lawyers and certainly the businessmen, do not usually understand, and it "may hinder" the transaction...

An insurance contract, as a rule, is forward-looking and aims to cover risks that are not certain to occur, but such risk may be reduced by paying the insurer a premium determined on the basis of an assessment of chance, risk, the insured's history, and the relevant industry. Accordingly, any insurance, as well as D&O (directors and officers) insurance, is based on a risk assessment performed by the insurer in accordance with the purpose for which it was purchased; the period for which it was purchased; the premium paid for the evaluated defined and known risk and other factors. To that end, there is tremendous importance to the manner by which the insurer is approached, including understanding the risk, assessing it and making the insurance policy text accurate. This is certainly the case when approaching the insurer upon occurrence of an insured event, as it is cardinal to approach it correctly, duly manage the process and coping with the insurer contentions as to the cover.

For example: an American businessman founded a SPAC, raised about USD 80 million but also invested personally and was the largest shareholder in the SPAC. As is customary in SPACS, the SPAC was required to merge with a target within two years, and so it did, however, the merger failed and resulted in a lawsuit in the US contending that the directors were in a hurry to approve the merger without performing the necessary checks, all with the aim to save their personal investments. The SPAC finally merged with an Israeli cyber-attack company, which procured a D&O insurance, but this merger also resulted in legal proceedings against the officers. The insurer refused coverage contending, *inter alia*, that the claim relates to actions (in both merger transactions) in the business man's capacity as a director of the SPAC and not in the merged company (although the insurance included a back-dated coverage), and that the SPAC D&O insurance paid the full coverage as part of the run-off coverage (coverage for the period after the end of the insurance, which applies only to events relating to the insurance period). In February, 2023, the Tel Aviv District Court rejected the majority of the ILS 13 million lawsuit after reviewing the language of the policy and finding that the SPAC did not appear in the definition of the insured companies and the coverage applies only to activity in the defined field (technology) of the new company founded after the merger.

This example illustrates the fact that even (and not only) in complex transactions, such as a SPAC or other M&A (merger and acquisition) transaction, it is important not only to accurately insure the risks, but also to use an expert insurance broker with experience in the field, including understanding the policy and its complexities, the pertinent regulation, practices and tactics of negotiation with insurers upon contracting and upon occurrence of an insured event, and one that may smartly apply commercial leverages. Additionally, it is vital to also employ a lawyer with experience in the field and with working with such insurance broker, so that the lawyer can manage the process with an overview of the insurance and other business considerations. At the end, there is only one law stronger than the laws of physics and mechanics, and it is Murphy's law (and by analogy with the 'parallelogram of forces': the less good the insurance, the higher the chance that it will actually be required).

* **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 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.

Elad Tubol, Adv. is Deputy Managing Director, General Counsel and Head of Claims Department at the Howden Israel Group (howden.co.il). Howden Israel is part of the London-based Hyperion International Insurance Corporation, which has about 220 offices in 40 countries. Howden Israel is the largest general insurance broker in Israel and deals in a variety of insurance areas, including directors' and officers' insurance. Afik & Co. works in close collaboration with the Howden Group, including on issues of directors' and officers' insurance (D&O Insurance). 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