

פרק ראשון

סוגי התקשרות לביצוע עבודה: עובד שכיר, קבלן עצמאי, פריילנסר ומתנדב

1.1 כללי

במשפט הישראלי יש שתי צורות התקשרות שכיחות לביצוע העבודה: האחת היא בין מעסיק לבין עובד שכיר (להלן: עובד). התקשרות זו נעשית באמצעות חוזה עבודה ובקיומם של יחסי עבודה. השנייה היא בין מזמין השירותים, הלקוח, לבין ספק שירותים שהוא קבלן עצמאי, המכונה לעתים גם "פריילנסר" (להלן: עצמאי). התקשרות זו שבין העצמאי לבין מזמין השירותים נעשית באמצעות חוזה מסחרי. שתי צורות התקשרות אלו הן למעשה תמונת ראי לזולתה, כך שהגדרתו של "עובד" היא ההפך מהגדרתו של "עצמאי". להבחנה בין שתי צורות התקשרות שונות אלו נפקות משפטית רבה ומשמעויות נרחבות:

× בהתקשרות בין עובד למעסיק, על המעסיק חלה החובה להבטיח את התנאים הסוציאליים של העובד, ולשלם לו, נוסף על שכר עבודתו, את מלוא התשלומים המגיעים לו מכוח חוקי העבודה ודיני העבודה. כגון דמי חופשה שנתית, דמי הבראה, ימי מחלה, פיצוי פיטורים, וכיוצא באלה, וכן תשלומים שמקורם בהסכמים קיבוציים או צווי הרחבה החלים על המעסיק.

לעומת זאת, בהתקשרות שבין מזמין שירותים לעצמאי המזמין משלם עבור מתן השירותים בלבד. תנאי ההתקשרות בין הצדדים מוסדרים בחוזה שביניהם, בין ספק ללקוח, עליו חלים חוק החוזים ודיני החוזים. במקרה זה מזמין השירותים לא חייב בכל תשלום נוסף עבור זכויותיו הסוציאליות של העצמאי, לרבות תשלום עבור פיצויי פיטורים בעת סיום ההתקשרות או הפרשות לקופת הפנסיה.

※ ככלל, עובד מקבל את שכרו במשכורת יומית או חודשית אשר אינה נופלת משכר המינימום,¹ ומחושבת על בסיס מספר שעות עבודתו (שעות עבודה רגילות לצד שעות עבודה נוספות, ושעות עבודה ביום המנוחה השבועי).² כמו כן מחויב המעסיק לנהל פנקס שכר ולתת לעובד בכל חודש תלוש שכר.³

לעומת זאת, העצמאי מקבל ממזמין השירותים את התמורה בעד עבודתו בסכום כולל, גלובלי, שעליו הסכימו הצדדים, במועד ובתנאים עליהם הסכימו בחוזה, וזאת בתוספת מע"מ וכנגד חשבונית מס.

※ סיום יחסי העבודה בין עובד למעסיק כפופים לחוקי העבודה. המשמעות היא שפרורגטיבת הניהול של המעסיק לפטר עובד מוגבלת להוראות חוק שונות האוסרות על פיטורי עובד או עובדת בנסיבות מסויימות.⁴ פרורגטיבה זו של המעסיק הוגבלה גם באמצעות פסיקות בית הדין הארצי לעבודה, שקבע כי פיטורים שרירותיים שנעשו בחוסר תום לב וללא סיבה מוצדקת הם פיטורים שלא כדין, המזכים את העובד בסעד של אכיפה או בפיצויים. כמו כן מעסיק המבקש לפטר עובד, ועובד המבקש להתפטר מעבודתו, חייבים לתת הודעה מוקדמת לצד השני על רצונם לסיים את יחסי העבודה, כקבוע בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות.⁵ ומעסיק המבקש לפטר עובד חייב על פי דין לערוך לעובד שיחת שימוע.⁶

1 ראו ס' 2 לחוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987. להרחבה על חוק שכר מינימום ראו בפרק על חוק שכר מינימום (כרך א).

2 ראו ס' 2 ו-16 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, וכן ס' 5 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 ("איסור שכר כולל"). להרחבה על חוק שעות עבודה ומנוחה ראו בפרק על חוק שעות עבודה ומנוחה (כרך ב).

3 ראו ס' 24 לחוק הגנת השכר. להרחבה על חובת המעסיק לנהל פנקס שכר ולתת לעובד תלוש שכר, ראו בפרק על חוק הגנת השכר (כרך א).

4 להרחבה על צמצום היקף זכותו של המעסיק בפיטורי עובד, מכוח החוק ומכוח הפסיקה, ראו בפרק על אכיפת חוזה העבודה (כרך ב).

5 ראו ס' 2 לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א-2001. להרחבה על חוק זה ראו בפרק על חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות (כרך ב).

6 להרחבה על זכות העובד לשימוע ראו בפרק על זכות העובד לשימוע (כרך ב)

פרק ראשון: סוגי התקשרות לביצוע עבודה: עובד שכיר, קבלן עצמאי, פריילנסר ומתנדב

לעומת זאת, סיום ההתקשרות בין מזמין השירות לעצמאי כפוף לתנאי ההסכם בין הצדדים בלבד, ולדיני החוזים הכלליים.

× סכסוכים בין עובד ומעסיק יידונו בבית הדין האזורי לעבודה בלבד, מכוח סמכותו הייחודית שניתנה לו בתובענות שביחסי עבודה,⁷ ועל פי סדרי הדין שבבתי הדין לעבודה.⁸

לעומת זאת, סכסוך בין מזמין לבין עצמאי דינו כדין סכסוך מסחרי רגיל, שבין ספק ללקוח, שמקומו להתברר בבתי המשפט האזרחיים ועל פי סדרי הדין האזרחיים.

פעמים רבות טיב הקשר המשפטי שבין הצדדים הוגדר מראש כהתקשרות שבין מזמין שירות לבין עצמאי, או פריילנסר, ולא כיחסי עבודה שבין עובד ומעסיק. בדרך זו של מיקור חוץ מזמין השירות מבקש להשיג גמישות ניהולית בניהול העסק, בכך שהוא לא כפוף לחוקי העבודה ולחובה לשלם למבצע העבודה תנאים סוציאליים מעבר לתמורה עבור שירותיו. גם מבצע העבודה עשוי לרצות בסוג התקשרות כזאת ולפעול כ"עצמאי". דרך המאפשרת לו את החופש להעניק את שירותיו ללקוחות רבים ונוספים, בלי להתחייב לעבודה עבור גורם אחד.

אולם, פעמים רבות, בעת סיום ההתקשרות בין מזמין השירותים לעצמאי, טוען מבצע העבודה כי בדיעבד התקיימה בפועל בין הצדדים מערכת יחסי עבודה של עובד ומעסיק לכל דבר ועניין. על כן פונה הוא לבית הדין לעבודה בתביעה נגד מעסיקו, לכאורה, שמטרתה להכיר ביחסי העבודה שהתקיימו בין הצדדים, ולחייב את המעסיק לשלם לו את מלוא הזכויות הסוציאליות שנמנעו ממנו במשך תקופת העבודה.

תביעה זו מעוררת שאלות יסוד בתחום משפט העבודה אשר לזהות הגורמים הקשורים ביחסי העבודה. כגון השאלה מיהו "עובד"? מה מאפיין יחסי עובד ומעסיק? מיהו "קבלן עצמאי"? מיהו "פריילנסר" אותנטי? ומיהו "מתנדב"? על שאלות אלו נבקש להשיב להלן.

⁷ ראו ס' 24 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969.

⁸ ראו, לדוגמה, תקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991; תקנות בית הדין לעבודה (אגרות), התשס"ח-2008; תקנות בית הדין לעבודה (סמכויות שניתן להעבירן לרשם), התשל"ה-1975; תקנות בית הדין לעבודה (סדר הדין בסכסוך קיבוצי), התשכ"ט-1969; תקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג-1993.

1.2 מיהו עובד שכיר?

1.2.1 נטל ההוכחה להתקיימותם של יחסי עובד ומעסיק

אדם המגיש תביעה בבית הדין האזורי לעבודה חייב להראות בכתב התביעה כי לבית הדין הסמכות העניינית והייחודית לדון בתביעתו.⁹ אם הנתבע, המעסיק, לא מכחיש טענה זו בכתב ההגנה שהגיש, אזי עובדת קיומם של יחסי עובד ומעסיק לא עומדת למחלוקת, ואינה פלוגתא שיש לדון בה. אולם אם הנתבע כופר בטענה זו בכתב ההגנה, וטוען כי לא התקיימו יחסי עבודה בין הצדדים – כך שהתובע לא היה עובד שלו – אזי נטל ההוכחה בדיון המשפטי היא על התובע להראות כי התקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעסיק.¹⁰

בתי הדין לעבודה קבעו כי בחוזים שבהם כינו הצדדים את היחסים ביניהם כינוי שונה מיחסי עובד ומעסיק, אזי על התובע, הטוען אחרת, מוטל נטל ההוכחה לכך שעל אף המוסכם והכתוב בחוזה, היחסים הם יחסי עובד ומעסיק.¹¹ גם כאשר הצדדים נהגו זה כלפי זה כמזמין שירותים וכקבלן עצמאי, נטל ההוכחה מוטל על התובע, הטוען לדבר השונה מהתנהגות הצדדים. עם זאת, משאין מחלוקת כי מבצע העבודה החל את דרכו כעובד, ורק לאחר מכן היה לקבלן עצמאי בהתקשרות עם המעסיק, הנטל להוכיח כי חל שינוי במעמדו מוטל על כתפי הטוען לשינוי, קרי על המעסיק לשעבר, לכאורה.¹²

⁹ ראו תק' 9 לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ב-1991.

¹⁰ ראו דב"ע (ארצי) 3-147 חברת מלונות דן בע"מ – ברנט (נבו) 26.5.1991; ע"ע 300064/96 קרני – האיגוד הארצי למסחר בישראל, פד"ע לו 241 (2001); ע"ע (אזורי ת"א) 9857-10-22 גרטי – לב הדקל-סוכנות לביטוח (2004) בע"מ (נבו) 31.7.2022.

¹¹ דב"ע (ארצי) נב/3-71 שמיס – THE ECONOMIST, פד"ע כו 321 (נבו) 18.11.1993; ע"ב (אזורי ת"א) 6499/01 רוטפרב – שירותים רפואיים בינלאומיים בע"מ (נבו) 16.8.2005.

¹² תע"א (אזורי ב"ש) 3487/08 זיגדון – אגנים אחזקות בע"מ (נבו) 25.6.2012. ראו גם: בג"ץ 319/78 שמן תעשיות בע"מ – בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(2) 75 (1979); תע"א (אזורי ב"ש) 3190-09 מולאי – המועצה לייצור צמחים ולשיווקם (נבו) 29.9.2013.

פרק ראשון: סוגי התקשרות לביצוע עבודה: עובד שכיר, קבלן עצמאי, פריילנסר ומתנדב

1.2.2 סמכותו העניינית של בית הדין לעבודה בתובענה שבין עובד ומעסיק

שאלת קיומם של יחסי עבודה בין הצדדים, והיותו של התובע "עובד" ושל הנתבע "מעסיק", היא בבחינת שאלה מקדמית לדיון בפני בית הדין האזורי לעבודה, אשר לסמכותו העניינית לדון בסכסוך לגופו.

סעיף 24(א)(1) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, קובע כי לבית הדין האזורי לעבודה הסמכות העניינית והייחודית לדון גם בשאלה אם התקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעסיק. וכך קובע סעיף זה:

"24. סמכות בית-דין אזורי

(א) לבית דין אזורי תהא סמכות ייחודית לדון –

(1) בתובענות בין עובד או חליפו למעסיק או חליפו שעילתן ביחסי עבודה, לרבות השאלה בדבר עצם קיום יחסי עבודה ולמעט תובענה שעילתה בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]; [...] (הדגשה שלנו – המחברים).

אם השיב בית הדין לעבודה לשאלה זו בחיוב, וקבע כי בין הצדדים התקיימו יחסי עבודה, אזי בכך קנה בית הדין האזורי את סמכותו העניינית להמשיך ולדון בסכסוך לגופו. אם השיב בית הדין לשאלה זו בשלילה, אזי לבית הדין אין סמכות לדון בתובענה של התובע. משכך על התובע להגישה מחדש בערכאה הנכונה – בבתי המשפט האזוריים, קרי בית משפט השלום או בית המשפט המחוזי, על פי סדרי הדין הנהוגים שם.¹³

1.2.3 "עובד" הוא סטטוס שאי אפשר להתנות עליו

כבר בשנותיו הראשונות קבע בית הדין הארצי לעבודה את ההלכה, שלפיה השם שהצדדים בחרו לכנות את הקשר שביניהם אין בו כדי להכריע בדבר טיב הקשר

¹³ לסמכות בתי משפט השלום ובית המשפט המחוזי בתובענות אזרחיות ראו, בהתאמה, ס' 51(א)(2) וס' 40(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

המשפטי ביניהם.¹⁴ גם אם מזמין השירות הגדיר את מבצע השירות "עצמאי" ולא "עובד", וציין בהסכם ביניהם מפורשות כי בין הצדדים לא יתקיימו יחסי עובד ומעסיק – אין בכך כדי לשלול ממבצע העבודה את הסטטוס של "עובד", אם כך נלמד ממכלול היחסים שנוצרו ביניהם הלכה למעשה.¹⁵ בתי הדין לעבודה הבהירו כי הקביעה בדבר מהות היחסים תיעשה על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך זיהויו של "עובד", ולא על סמך ההגדרה שניתנה למבצע העבודה בהסכם כזה או אחר, אפילו הוא התבקש לחתום עליו.¹⁶ וכך קבע בית הדין הארצי לעבודה בעניין בירגר:

"התשובה לשאלה אם פלוני הוא 'עובד' או לא היא מסקנה משפטית ממערכת עובדות מסויימות. על משקלן של הוראות בהסכם שבין הצדדים לעניין היותו של אדם 'עובד' פסק כבר בית-המשפט העליון ואמר ש'השם אשר הצדדים נתנו לקשר ביניהם אין בו כדי לקבוע את טיב היחס המשפטי ביניהם' [...]

אין להתעלם מכך שהיותו של אדם 'עובד', הוא, לעניין אותן הזכויות והחובות שהחוק מקנה ושאינן לוותר עליהן או להתנות עליהן, דבר הקרוב ל'סטטוס', ו'סטטוס' אין יוצרים בהסכם ואין מבטלים בהסכם, וכשם שאין לוותר או להתנות על זכויות במפורש, כן אין לוותר על אותן הזכויות על כך שיכנו את היחסים בין השניים שבהם מדובר כינוי כלשהו השולל היותו של האחד 'עובד' והיותו של השני 'מעביד'. האמור בהסכם יכול וישקול, אך ברור שהקובע הוא מכלול היחסים שבין הצדדים".¹⁷

¹⁴ דב"ע (ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג(1) 177 (1971).

¹⁵ ע"ע (ארצי) 1076/04 מדינת ישראל – שוב (נבו 11.7.2005); ע"ע (ארצי) 548/09 לוי – מוסך עלית לוי 93 בע"מ (נבו 22.11.2009).

¹⁶ ע"ע (ארצי) 1162/01 בן חמו – המכון לפיריון העבודה והייצור (נבו 29.12.2002); ע"ע (ארצי) 176/09 מואב – תפנית וינד בע"מ (נבו 9.11.2010); ע"ע (ארצי) 478/09 חסידים – עיריית ירושלים (נבו 13.1.2011).

¹⁷ דב"ע (ארצי) לא/27-3 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג(1) 177, פס' 27 (1971). ראו גם ע"ע (ארצי) 10-10-14122 מכללת רמת גן – פרייס (נבו 13.9.2012); ע"ע (ארצי) 182/99 בן יעקב – קיוליק אנד סופה (ישראל) בע"מ (נבו 10.11.2004); ע"ע (ארצי) 10-10-11504 רוזין סוכנות לביטוח (1997) בע"מ – משיח (נבו 19.3.2012).

פרק ראשון: סוגי התקשרות לביצוע עבודה: עובד שכיר, קבלן עצמאי, פריילנסר ומתנדב

1.2.4 מבחני העזר לזיהוי "עובד"

המחוקק לא הגדיר בחוק מיהו "עובד", והשאיר לבתי הדין לעבודה את המטלה ליצוק תוכן ומשמעות לביטוי זה. זאת מהטעם שיחסי העבודה הם דינמיים ומתפתחים, לפיכך אי אפשר לקבוע כלל אצבע אחד היכול להגדיר מראש את מאפייניהן של כל מערכות יחסי עבודה, ואת זהותן של ה"עובד" האוניברסאלי. זהות אשר ראוי שתקבע על פי הנסיבות המסוימות של כל מקרה ומקרה.¹⁸

במרוצת השנים, פיתח בית הדין הארצי לעבודה מבחני עזר שמטרתם לתת בידי בתי הדין האזוריים לעבודה ולנמעני המשפט כלים לזיהוי "עובד". זאת כדי לבחון בצורה הראויה אם התקיימו בין הצדדים יחסי עבודה שבין עובד ומעסיק.¹⁹ להלן מגוון מבחני העזר שנקבעו בפסיקה לזיהוי התקיימותם של יחסי עבודה:

1.2.5 מבחן ההשתלבות

זהו מבחן העזר המרכזי שמפעילים בתי הדין לעבודה לשם בחינה אם התקיימו יחסי עובד ומעסיק. למבחן ההשתלבות שני פנים:²⁰

¹⁸ ראו בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628 (1996); דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); בג"ץ 1898/06 משרד הפנים נ' בית הדין הארצי לעבודה י-ם (נבו) 24.3.2008; בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר (נבו) 5.7.2001; ע"ע (ארצי) 18-04-15868 כותה – עיריית רעננה, ס' 7 לפסק דינה של הנשיאה וירט ליבנה (נבו) 7.4.2021.

¹⁹ ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – גלי צה"ל, פד"ע לו 625 (2001); ע"ע (ארצי) 300256/98 אייזיק – תה"ל, תכנון המים לישראל בע"מ (נבו) 10.6.2002; ע"ע (ארצי) 1392/02 ד"ר טורבטי – שירותי בריאות כללית (נבו) 12.2.2004; ע"ע (ארצי) 646-09 טוויזר – מאפיה מרחבית קריית שמונה (1986) בע"מ (נבו) 29.2.2012; ע"ע (ארצי) 568/06 שושן – קל שירותי נופש ותיירות בע"מ (נבו) 3.1.2008; ע"ע (ארצי) 176/09 מואב – תפנית וינד בע"מ (נבו) 9.11.2010; ע"ע (ארצי) 478/09 חסידים – עיריית ירושלים (נבו) 13.1.2011; ע"ע (ארצי) 300274/96 צדקא – גלי צה"ל, פד"ע לו 625, פס' 1-2, 4-7, 10-13, 20-24, 27 לפסק דינו של הנשיא אדלר; פס' 1, 5-9, 21-23 לפסק דינה של השופטת ארד (2001).

²⁰ מבחן ההשתלבות נקבע לראשונה במשפט הישראלי בדב"ע (ארצי) לא-27-3 עיריית נתניה – בירגר, פד"ע ג(1) 177 (1971), בפסק דינו של נשיאו הראשון של בית הדין הארצי לעבודה, השופט צבי בר-ניב ז"ל. ראו גם דב"ע (ארצי) לא-1-4 בנק אוצר לחייל

א. הפן החיובי

בפן החיובי של מבחן ההשתלבות יש לבחון התקיימותם של שלושה רכיבים:

1. האם קיים מפעל או מקום עבודה שאפשר להשתלב בו? למונח "מפעל" ניתנה בפסיקה פרשנות רחבה, כך שהוא מתייחס לכל מקום עבודה המתנהל כיחידה אורגנית כלכלית, קרי מקום עבודה יצרני, שבו המעסיק מארגן את העבודה ואחראי על חלוקת העבודה בין עובדי המקום.²¹
2. האם הפעולה מתמקדת במוצר המוגמר או בשירות שלשמו קיים המפעל? כלומר, הפעולה המבוצעת צריכה להיות פעילות רגילה של המפעל – כשאינן הכוונה לפעילות הישירה והעיקרית בלבד.
3. האם מבצע העבודה הוא חלק מהמערך הארגוני של המפעל ואינו "גורם חיצוני"?
בעניין כותה קבע בית הדין הארצי לעבודה כי שאלות אלו יש לבחון, בין היתר, לפי כמה מאפיינים:²²
* מידת הפיקוח של המעסיק על שעות העבודה, על מקום ביצועה, על חלוקת המשימות בין העובדים, על הרכב צוותי העבודה ועל ההיררכיה בין העובדים השונים;

בע"מ – מועצת פועלי באר-שבע, פד"ע ב(1) 260 (1971); דב"ע (ארצי) מח/137-3 אדר – פרסום מלניק בע"מ, פד"ע כ(1) 60 (1988); דב"ע (ארצי) תשנ/14-3 נקש – מדינת ישראל, פד"ע כא(1) 180 (1989); בג"ץ 319/78 שמן תעשיות בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לד(2) 75 (1979); בג"ץ 123/81 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(1) 423 (1982).

²¹ ראו, לדוגמה, דב"ע (ארצי) מו/8-3 דלויה – בלזכה, פד"ע יח 48 (1986); דב"ע (ארצי) לח/10-4 הנהלת תעשיית אסבסט צמנט נהריה – הסתדרות העובדים הכללית בא"י, פד"ע י 7 (1978).

²² ע"ע (ארצי) 18-04-15868 כותה – עיריית רעננה, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה וירט ליבנה (נבו 7.4.2021).

פרק ראשון: סוגי התקשרות לביצוע עבודה: עובד שכיר, קבלן עצמאי, פריילנסר ומתנדב

- ✳ מרכזיותן וחיוניותן של פעולות מבצע העבודה לפעילותו הכוללת של המעסיק;
- ✳ הליכי ההתקשרות עם המועסק;
- ✳ רציפות הקשר בין הצדדים;
- ✳ כוחו של המעסיק להטיל על מבצע העבודה משימות משתנות;
- ✳ שליטת המעסיק על אופן ביצוע המלאכה;
- ✳ כפיפות מבצע העבודה אל המעסיק;
- ✳ בלעדיותו של מבצע העבודה וזיקתו למפעל;
- ✳ הסתייעות מבצע העבודה בעובדים אחרים לצורך ביצוע עבודתו;
- ✳ מקום ביצוע המלאכה;
- ✳ אופן התשלום;
- ✳ הספקת החומרים לביצוע המלאכה.

אם ימצא בית הדין לעבודה כי בנסיבות המקרה התקיימו רכיבים אלו אצל מבצע העבודה – קרי הוא השתלב במקום העבודה – אזי עשוי הוא לענות על ההגדרה של "עובד", המקיים יחסי עבודה עם מעסיקו. אולם תשובה מלאה לשאלה זו תתקבל רק לאחר בחינתו של הפן השני שבמבחן ההשתלבות.

ב. הפן השלישי

פן זה מטרתו לבחון אם מבצע העבודה לא מנהל עסק עצמאי שסיפק שירותיו למפעל כגורם חיצוני. קרי, אפילו השתלב מבצע העובד במפעל או במקום העבודה, באופן הראוי להכירו כ"עובד" (על דרך החיוב), יש לוודא שלא עשה זאת כספק שירותים עצמאי, בעל עסק משלו וכקבלן חיצוני, שאז אינו ראוי להכרה כ"עובד" (על דרך השלילה).²³

²³ ראו, לדוגמה, סע"ש (אזורי ת"א) 31272-07-16 רוזנברג – בנק לאומי לישראל בע"מ (נבו 1.11.2020). במקרה זה דחה בית הדין האזורי לעבודה תביעה להכרה בדיעבד של יחסי עובד ומעסיק. אומנם בית הדין קבע כי התקיים בתובע הפן החיובי של מבחן