

Трансформация права работодателя на осуществление контроля за поведением работника в цифровой экономике*

Е. М. Офман

Южно-Уральский государственный университет
(Национальный исследовательский университет),
Российская Федерация, 454080, Челябинск, пр. В. И. Ленина, 76

Статья посвящена исследованию вопроса о возможностях работодателя осуществлять контроль за поведением работников в условиях цифровизации, алгоритмизации, автоматизации трудовых процессов. В статье на основе сравнительно-правового анализа законодательства и судебной практики Российской Федерации и США изучены формы и способы осуществления такого контроля; сделан вывод о том, что право контроля за осуществлением исполнения работником возложенных на него трудовых обязанностей сегодня один из самых важных признаков (если не единственный признак), свидетельствующий о наличии трудового правоотношения; установлены особенности осуществления электронного мониторинга поведения работников; обозначено, что осуществление контроля за поведением работников трансформируется: от непосредственного взаимодействия сторон трудового отношения до практически исключения возможности работодателя принимать решения о правомерном или противоправном поведении работников. Проведенное исследование позволило автору прийти к заключению, что использование возможностей искусственного интеллекта в сфере контроля за работниками имеет как достоинства, так и недостатки, однако отсутствие способности у робота (искусственного интеллекта) анализировать собранные им данные позволяет утверждать, что участие человека (работодателя) в принятии решения о правомерности (или, наоборот, противоправности) поведения работника сегодня еще необходимо. Другим результатом данной статьи является вывод о том, что новые технологии порождают неопределенность в отношении права работника на неприкосновенность частной жизни, а свобода работодателей в осуществлении права на контроль за поведением работников все чаще воспринимается как выходящая за рамки разумных ожиданий в отношении неприкосновенности частной жизни. В связи с этим указано на необходимость корректировки действующего трудового законодательства относительно установления правил и пределов осуществления мониторинга поведения работников в рабочее время и на рабочем месте.

Ключевые слова: контроль, мониторинг, электронный мониторинг, искусственный интеллект, работник, работодатель, трудовые отношения.

Введение

Работодатели всегда осуществляли контроль за работниками, и именно право на осуществление контроля является ключевой особенностью трудовых отношений, которую можно обнаружить во всех странах и правовых системах (так называемая иерархическая власть работодателей над наемными работниками).

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ и Челябинской области в рамках научного проекта № 20-411-740013.

Возможность осуществления контроля предоставляет работодателям власть над работниками, которая состоит из трех полномочий:

- 1) право поручать задания и отдавать работникам обязательные для исполнения односторонние приказы и распоряжения;
- 2) право контролировать выполнение таких заданий, соблюдения приказов и распоряжений;
- 3) право налагать санкции как за неисполнение или ненадлежащее выполнение порученных заданий, так и за любое неповиновение законно изданным приказам и распоряжениям.

В современных условиях право работодателя на осуществление контроля за работниками трансформируется; появляются новые возможности и формы мониторинга, что порождает проблему неопределенности в отношении права работника на неприкосновенность частной жизни, а свобода работодателей в осуществлении права на контроль за поведением работников все чаще воспринимается как выходящая за рамки разумных ожиданий в отношении неприкосновенности частной жизни.

Цель настоящей статьи — дать определение контролю в трудовых отношениях в условиях цифровизации, автоматизации, алгоритмизации трудового процесса и установить его значение; изучить новые формы мониторинга поведения работников (электронный мониторинг; мониторинг при помощи возможностей искусственного интеллекта) и затронуть проблему правовых последствий такого контроля.

Основное исследование

Понятие и значение контроля в трудовых отношениях

Под контролем в трудовом праве можно понимать оценку работодателем ответственности действий работников обязательным требованиям трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, с правом принятия необходимых и возможных мер (кадровых решений) к работникам, совершившим трудовое правонарушение.

Контроль в рамках трудовых отношений является важным признаком, свидетельствующим о наличии трудовых отношений. Представляется, что это один из факторов, позволяющий отграничить трудовые отношения от иных отношений, связанных с реализацией гражданами своих способностей к труду. Особенно актуален данный вывод сегодня, когда в условиях цифровой экономики появляются новые типы работодателей, привлекающих частных лиц для выполнения какой-либо работы. Прежде всего это касается онлайн-платформ, интернет-платформ, в частности компании Uber Technologies — транспортной сетевой компании, которая использует приложение для смартфонов для связи пассажиров с поставщиками транспортных услуг (водителями), готовыми их предоставить. Uber — сервис, который предоставляет водителей клиентам по требованию через приложение для мобильных телефонов в городах по всему миру¹. «Электронные услуги Uber предо-

¹ Erik Search v. Uber Technologies, Inc. et al. United States District Court for the District of Columbia. Civil Action No. 15-257. URL: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/district-of-columbia/dcdce/1:2015cv00257/170360/23/0.pdf?ts=1441963175> (дата обращения: 12.07.2020).

ставляются через цифровую технологическую платформу, данные услуги являются посредническими и сопутствующими, позволяют водителям оказывать транспортные услуги пользователям, нуждающимся в них; такие услуги Uber включают доступ к приложению Driver App и сопутствующему программному обеспечению Uber, веб-сайтам, платежным услугам и соответствующим системам поддержки»². Еврофонд под интернет-платформами понимает цифровые сети, алгоритмически координирующие экономические операции. Такие платформы, как Uber или Airbnb, выполняют функции, традиционно выполняемые рынками и бизнесом по отдельности: с одной стороны, они обеспечивают пространство и механизм координации сделок между покупателями и поставщиками товара или услуги (как это делал бы рынок); с другой стороны, они включают набор алгоритмов, которые непосредственно отслеживают и управляют сделкой (как это делал бы бизнес). Таким образом, они являются и рынком, и бизнесом: по сути, они выходят за рамки и того и другого, поскольку их координирующая эффективность приводит к созданию новых рынков (Fernández-Macías, 2018a).

У таких работодателей нового вида, как интернет-платформы, мониторинг за работниками все еще существует, но в другой форме: онлайн-платформы делегируют его клиентам через систему оценки лиц, выполняющих работу. В этом смысле компаниям не нужно давать конкретные указания или непосредственно контролировать, *как* выполняется работа. Вместо этого они позволяют клиентам оценивать эффективность работы и впоследствии могут использовать такую информацию для принятия решений об увольнении.

Действительно, даже если компании делают только предложения (без указания инструкций) о том, *как* выполнять работу, работники, не выполняющие их, могут быть уволены (может быть деактивирован доступ на интернет-платформу); в случае отказа от трех поездок подряд к водителям может быть применено специальное последствие — «принудительное отключение от системы Uber на 10 минут» (аналог отстранения от работы по ст. 76 Трудового кодекса Российской Федерации), а за отмену поездки после принятия заказа со стороны водителей к ним могут быть применены штрафные санкции (выписан штрафной талон). В решении Апелляционного суда (трибунала) по трудовым спорам Великобритании от 27–28 сентября 2017 г. Uber B. V., Uber London LTD, Uber Britania LTD v. Mr Y Aslam, Mr J Farrar, Mr R Dawson and Others установлено, что «суд обнаружил различные примеры контроля, осуществляемого Uber за тем, как водители выполняют свою работу: водитель должен обосновать отклонение от маршрута, рекомендованного картографическим программным обеспечением App; в целях улучшения «впечатления о водителе» Uber направляла им (индивидуально или коллективно) сообщения в виде «рекомендаций», «советов», «подсказок» и/или «обратной связи»³. «Таким образом, уровень мониторинга этих новых работников выше, чем когда-

² Uber B. V., Uber London LTD, Uber Britania LTD v. Mr Y. Aslam, Mr J. Farrar, Mr R. Dawson and Others. Employment Appeal Tribunal on 27–28 September 2017. Appeal No. UKEAT/0056/17/DA. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a046b06e5274a0ee5a1f171/Uber_B.V._and_Others_v_Mr_Y_Aslam_and_Others_UKEAT_0056_17_DA.pdf (дата обращения: 12.07.2020).

³ Uber B. V. («UBV») & Ors v Aslam & Ors [2018] England and Wals Court of Appeal (Civil Division) Decisions Civ 2748. December 19, 2018. No. A2/2017/3467. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html> (дата обращения: 12.07.2020).

либо, поскольку работа наблюдается во все времена и без затрат для работодателя» (Sprague, 2015, 65).

Судами Флориды такой признак, как «степень контроля», также признается в качестве наиболее важного фактора при определении того, является ли человек работником или независимым подрядчиком. «Контроль означает право определять, что, как и когда должно быть сделано»⁴. «Степень контроля, осуществляемого над деталями работы, зависит от того, сосредоточен ли контроль просто на получаемом результате или распространяется на используемые средства»⁵. «Если контроль ограничивается только результатами, то, как правило, существуют отношения независимого подрядчика»⁶. Напротив, «если контроль распространяется на средства, используемые для достижения результатов, то, как правило, существуют отношения между работодателем и работником»⁷.

Анализ решений судов штата Калифорния, штата Колумбия позволяет прийти к выводу, что право контроля за методами и средствами предоставления водителями транспортных услуг со стороны Uber позволяет классифицировать сложившиеся отношения в качестве трудовых⁸.

Интересно отметить, что российский законодатель отношения между интернет-платформой, водителем и пассажиром пытается отнести к сфере гражданско-правового регулирования: оформляться данные отношения должны путем заключения договора некоммерческого фрахтования⁹. Однако трудовой договор, несмотря на его частно-правовой характер и на такой его родовой признак, как

⁴ Zachery Herman v. Robert Roche, LaRoche Construction. In the District Court of Appeal of Florida, First District. October 14, 1988. No. 87-813. URL: https://casetext.com/case/herman-v-roche/?PHONE_NUMBER_GROUP=P (дата обращения: 21.07.2020).

⁵ Harper ex rel. Daley v. Toler, 884 So 2d 1124, 1131. In the District Court of Appeal of Florida, Second District. October 22, 2004. No. 2D03-694. URL: https://casetext.com/case/harper-ex-rel-daley-v-toler/?PHONE_NUMBER_GROUP=P&q=Harper%20ex%20%20rel%20%20Daley%20v.%20Toler&ort=relevance&p=1&type=case (дата обращения: 21.07.2020).

⁶ 4139 Management Inc. v. Department of Labor & Employment, 763 So. 2d 514. In the District Court of Appeal of Florida, Fifth District. Jil 21, 2000. No. 5D99-1742. URL: https://casetext.com/case/4139-management-v-dept-l-emp/?PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case (дата обращения: 21.07.2020).

⁷ Darrin E. McGillis vs. Department of Economic Opportunity; and Raiser LLC, d/b/a Uber Third District Court of Appeal. State of Florida. February 1, 2017 No. 3D15-2758. Lower Tribunal No. 0026283468-02. URL: <https://cases.justia.com/florida/third-district-court-of-appeal/2017-3d15-2758.pdf?ts=1485965222> (дата обращения: 12.07.2020).

⁸ Erik Search v. Uber Technologies, Inc. et al. United States District Court for the District of Columbia. Civil Action No. 15-257; Douglas O'Connor, et al. v. Uber Technologies, Inc. Case No. 13-cv-03826-EMC. Hakan Yucesoy, et al. v. Uber Technologies, Inc. Case No.15-cv-00262-EMC. United States District Court Northern District Of California. URL: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv00262/284112/332/0.pdf?ts=1553934393> (дата обращения: 12.07.2020).

⁹ Проект Федерального закона «О регулировании отношений, возникающих при заключении с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» договоров перевозки пассажиров автомобильным транспортом по заказу в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (подготовлен Минтрансом России, ID проекта 02/04/11-19/00097016). — Здесь и далее все ссылки на российские нормативно-правовые акты и судебную практику, если не указано иное, приводятся по СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 20.07.2020).

«соглашение», не может быть приравнен к гражданско-правовому договору именно из-за неравного положения сторон, его заключивших. По мнению российских ученых, в основе трудового договора лежит метаморфоза, связанная с изменением правового положения сторон: «...из равного в момент заключения оно превращается в авторитарное после подписания договора. Одна сторона трудового договора — работник — оказывается в подчинении у другой его стороны — работодателя. Такое преобразование совершенно исключено для любых гражданско-правовых соглашений о выполнении работы и поэтому рассматривается как отраслевой правовой принцип, исключающий всякую возможность смешения трудового договора с любым гражданско-правовым соглашением о выполнении работы» (Акопова, 2003, 5).

Исходя из анализа сложившейся ситуации, можно сделать два вывода:

1. Мониторинг за поведением работников в этих новых организациях делегирован, а уровни мониторинга максимизированы. Отсутствие набора инструкций со стороны работодателя означает только то, что работники теперь подчиняются обязательству результатов, а не обязательству средств (работники нацелены на результат, а не на процесс выполнения работы);
2. Важно не то, какой контроль осуществляет работодатель, а то, *какой контроль работодатель сохраняет за собой право осуществлять*. Тот факт, что онлайн-платформы позволяют работникам выбирать рабочие часы и графики, не делает работников самозанятыми или выполняющими работы по гражданско-правовому договору. Компания может выдавать новые инструкции, и работники должны им подчиняться. Тот факт, что организации предпочитают не осуществлять власть в качестве работодателей, не означает, что у них ее нет (Todolí-Signes, 2017).

Можно утверждать, что право контроля за осуществлением исполнения работником возложенных на него трудовых обязанностей — это сегодня один из самых важных признаков (если не единственный признак!), свидетельствующий о наличии трудового правоотношения.

Электронный мониторинг: ожидание конфиденциальности работников

В современных условиях работодателям чрезвычайно легко осуществлять мониторинг поведения работников, при этом формы контроля становятся все более нетрадиционными благодаря использованию различных устройств и технологий, получивших повсеместное распространение в условиях цифровой экономики:

- 1) мониторинг телефонных звонков;
- 2) мониторинг электронной переписки;
- 3) мониторинг использования сети Интернет;
- 4) мониторинг социальных сетей работников, выкладывающих посты на различные события и факты, как связанные, так и не связанные с выполнением ими трудовых обязанностей;
- 5) мониторинг активности работника за компьютером в процессе выполнения им работы;

- 6) осуществление видеонаблюдения за работником и прослушка его разговоров;
- 7) GPRS, GPS-наблюдение;
- 8) мониторинг психофизиологического состояния работника в период выполнения работы.

В США существует специальный термин — «электронный мониторинг», под которым понимается сбор информации в помещениях работодателя о деятельности работников любым способом, кроме прямого наблюдения, включая использование компьютера, телефона, радио, фотоаппарата, электромагнитных, фотоэлектронных или фотооптических систем, не включая сбор информации в целях безопасности в помещениях работодателя, которые находятся в общественном пользовании, или информации, сбор которой запрещен в соответствии с законодательством штата или федеральным законом. Каждый работодатель, осуществляющий любой вид электронного мониторинга, должен заранее в письменном виде уведомить всех работников, которых это может затронуть, проинформировав их о возможных видах контроля. Каждый работодатель должен разместить на видном месте, доступном для просмотра его работниками, уведомление, касающееся видов электронного контроля. Исключением из предварительного уведомления работников являются случаи, когда работодатель имеет разумные основания полагать, что поведение работников нарушает закон, права работодателя или других работников или создает враждебную рабочую среду, а также когда электронное наблюдение может служить доказательством такого противоправного поведения. В этих исключительных случаях работодатель может осуществлять наблюдение за работником без его предварительного письменного уведомления¹⁰.

Следует также отметить, что электронный мониторинг за поведением работника осуществляется работодателем как в рабочее время, на рабочем месте, в период выполнения работы, так и во вне рабочее время. Озабоченность работников посягательством на их человеческое достоинство со стороны работодателей усугубляется стремительным развитием технологий, которым законодательство просто не успевает соответствовать, и суды, следовательно, не могут защитить работников от такого вторжения в их частную жизнь. В связи с указанным поднимается вопрос о пределах такого контроля работодателем, о вторжении последнего в частную жизнь работника.

Суды России определяют, что частная жизнь — это те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других. Это своеобразный суверенитет личности, означающий неприкосновенность его частной среды обитания. Указанное не означает, что личная жизнь человека интегрирована в его общественную детальность, в которую в том числе входит трудовая деятельность. Очевидно, кабинет, в котором ведется прием клиентов работником, не является той средой обитания, которая неприкосновенна. Если работник не желает делать достоянием других свою личную жизнь, то он не будет демонстриро-

¹⁰ 2019 Connecticut General Statutes. Title 31 — Labor. Chapter 557 — Employment Regulation. Section 31-48d — Employers engaged in electronic monitoring required to give prior notice to employees. Exceptions. Civil penalty. URL: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2019/title-31/chapter-557/section-31-48d/> (дата обращения: 19.07.2020).

вать в публичном месте, к которому относится кабинет по приему посетителей, элементы своей частной жизни¹¹. В другом решении суд не усмотрел нарушений прав работника на неприкосновенность его частной жизни в связи с проведением работодателем контроля по использованию работником информационных ресурсов работодателя в период исполнения им трудовых обязанностей. Работодателем было установлено, что работник в рабочее время загружал, использовал и хранил файлы развлекательного характера; использовал на служебном персональном компьютере в рабочее время информацию и файлы, не связанные с производственной деятельностью. Суд указал: «...работодатель не нарушил право на неприкосновенность частной жизни работника в связи с проведенной проверкой, так как осуществлял контроль за использованием своих информационных ресурсов, не добывал никакой информации о персональных данных работника без его ведома; данная проверка связана с осуществлением мероприятий по информационной безопасности общества»¹².

Европейский суд по правам человека по-иному подходит к понятию «частная жизнь». Суд неоднократно указал, что частная жизнь — это широкое понятие, не поддающееся исчерпывающему определению. Статья 8 Европейской конвенции о правах человека не ограничивается защитой только «внутреннего круга» (круга семьи работника), в котором индивидуум может жить своей жизнью по своему усмотрению, полностью исключая внешний мир, не охваченный этим кругом. Она также гарантирует право на «частную жизнь» в широком смысле, включая право вести «частную общественную жизнь», то есть возможность для человека развивать свою социальную идентичность (право налаживать и развивать отношения с другими людьми и внешним миром). Частная жизнь может даже включать профессиональную деятельность или деятельность, происходящую в общественном контексте. Следовательно, существует зона взаимодействия человека с другими людьми, которая может подпадать под понятие «частная жизнь»¹³. Анализируя акты Европейского суда по правам человека, можно прийти к выводу, что даже на работе человек (работник) сохраняет право на неприкосновенность частной (личной) жизни, и он вправе ожидать от работодателя соблюдения конфиденциальности полученной последним информации.

Интересен и такой факт: в своих актах Европейский суд по правам человека вводит понятие «частная / личная общественная жизнь», под которым понимается «возможность человека развивать себя как социальную единицу, возможность обращаться к другим людям с целью установления и развития отношений с ними.

¹¹ Решение Сенгилеевского районного суда Ульяновской области от 25 октября 2012 г. по делу № 2-363/2012 // Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 22.07.2020).

¹² Решение Ленинского районного суда г. Ярославля от 7 июня 2018 г. по делу № 2-720/2019 // Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 22.07.2020).

¹³ Постановление ЕСПЧ от 21 июня 2011 г. по делу «Шимоволос (Shimovolos) против России» (жалоба № 30194/09); Постановление ЕСПЧ от 16 декабря 1992 г. по делу «Нимиц (Niemietz) против Германии» (жалоба № 13710/88); Постановление ЕСПЧ от 3 апреля 2007 г. по делу «Копланд (Copland) против Соединенного Королевства» (жалоба № 62617/00); Постановление ЕСПЧ от 12 января 2016 г. по делу «Сабо и Виши (Szabo and Vissy) против Венгрии» (жалоба № 37138/14); Постановление ЕСПЧ от 28 января 2003 г. по делу «Пек (Peck) против Соединенного Королевства» (жалоба № 44647/98).

Именно в контексте своего рабочего времени большинство людей имеют значительную, если не самую большую, возможность устанавливать отношения с внешним миром»¹⁴.

Европейский суд полагает, что государству должна быть предоставлена широкая свобода усмотрения при оценке необходимости установления правовой базы, регулирующей условия, при которых работодатель может контролировать электронные или иные средства общения своих работников нерабочего характера, осуществляемые с рабочего места. Тем не менее предоставляемая государством в этом отношении свобода усмотрения не может быть безграничной. Внутригосударственные органы должны обеспечить, чтобы применение работодателем мер по контролю корреспонденции и других средств общения сопровождалось бы надлежащими и достаточными гарантиями против злоупотреблений. В широко известном Постановлении Европейского суда по правам человека от 5 сентября 2017 г. «Дело Бэрбулеску (Barbulescu) против Румынии» (жалоба № 61496/08) такие гарантии перечислены:

- 1) работник должен быть уведомлен о вероятности того, что работодатель может применять меры для контроля работников, а также об осуществлении таких мер;
- 2) степень контроля со стороны работодателя и степень вмешательства в личное пространство работника не должны быть безграничны;
- 3) работодатель должен иметь законные причины для оправдания контроля за электронным мониторингом работника и при осуществлении контроля указать (при необходимости) на данные законные причины;
- 4) работодатель имеет право выбрать ту или иную форму контроля, но при этом должен оценить, возможно ли установить систему контроля, основанную на менее агрессивных методах и мерах проникновения в личную жизнь работника;
- 5) последствия контроля работодатель должен использовать для достижения заранее заявленной цели.

В Америке работники вправе требовать от работодателя соблюдение их права на «ожидание конфиденциальности». В целях минимизации споров и формирования сильной позиции в суде принципиально важным для работодателей является соблюдение определенных правил. Работодатель должен:

- 1) определить ту или иную форму контроля, необходимую для защиты своего бизнес-интереса;
- 2) проанализировать подлежащий применению закон¹⁵;
- 3) сообщить работникам о политике мониторинга;

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 28 ноября 2017 г. по делу «Антович и Миркович (Antovic and Mirkovic) против Черногории» (жалоба № 70838/13); Постановление ЕСПЧ от 05 сентября 2017 г. по делу «Бэрбулеску (Barbulescu) против Румынии» (жалоба № 61496/08).

¹⁵ В отдельных штатах, например, запрещено проводить полиграфологическое обследование работников; для работодателей, работающих в разных штатах, это может потребовать применения различных методов контроля в зависимости от места расположения предприятия, в котором работают сотрудники.

- 4) установить разумные ограничения мониторинга (политика и практика мониторинга работодателя должны быть разработаны исключительно с целью защиты его делового интереса и не должны быть чрезмерно широкими: работодателям не следует отслеживать личные сообщения работников, устанавливать видеокamеры в раздевалках, в комнатах для отдыха, в туалетах и т. д.);
- 5) применять меры по обеспечению соблюдения конфиденциальности полученной в результате мониторинга информации;
- 6) назначить должностное лицо, ответственное за хранение, обработку, передачу полученной информации (Ray, 1996).

Суды, разрешая споры о нарушении работодателями ожиданий работников относительно конфиденциальности, ставят перед собой следующие принципиальные вопросы: нарушил ли работодатель разумные пределы ожидания конфиденциальности работника и было ли данное вторжение в частную жизнь работника оскорбительным, серьезным и необоснованным со стороны работодателя?

Право на неприкосновенность частной жизни должно соответствовать определенным стандартам: право лица должно обладать охраняемым законом интересом конфиденциальности, поскольку предполагает осуществление личной деятельности без наблюдения и вмешательства; ожидания работника о неприкосновенности частной жизни должны быть разумными согласно обычаям, практике и условиям, связанным с конкретными видами деятельности; работник должен доказать, что вторжение является серьезным по своему характеру, объему и потенциальному воздействию, поскольку нарушает социальные нормы. При этом нарушения неприкосновенности частной жизни не происходит, когда вмешательство, контроль за поведением лица оправдано «законной деловой целью» (то есть интересами работодателя).

Было ли вторжение в частную жизнь работников оскорбительным? Для ответа на данный вопрос судам необходимо установить ряд фактов: место, время, объем действий работодателя по наблюдению за работниками.

Показательным является следующий пример. Работодателю — директору Hillsides, Inc. и Hillsides Children Center, Inc. (Hillsides) John M. Hitchcock — стало известно, что поздно ночью, после того, как работники Abigail Hernandez (Hernandez) и Maria-Jose Lopez (Lopez) покинули рабочий кабинет, неизвестный неоднократно использовал компьютер в их кабинете, чтобы получить доступ к Интернету и просматривать порнографические веб-сайты. Такой просмотр противоречил политике и целям компании Hillsides (Hillsides является учреждением для бездомных и детей, подвергшихся насилию). Будучи обеспокоенным тем, что виновником может быть сотрудник, который работает с детьми, Hitchcock установил скрытую камеру в кабинете Hernandez и Lopez. По истечении трех недель после установления видеокamеры работники Lopez и Hernandez обнаружили ее и обратились к работодателю. По мнению работников, работодатель лишил их права на неприкосновенность частной жизни, которую они могли разумно ожидать, работая за закрытыми дверями в общем офисе, так как работодатель мог просматривать и осуществлять видеозапись по собственному желанию, без их ведома и согласия.

Работодатель пытался убедить работников, что он не подозревал их в неадекватном использовании компьютеров и лишь пытался убедиться, что они непри-

частны к совершению правонарушения (просмотру порнографических сайтов), он осуществлял наблюдение не за работниками-истцами, а за возможным злоумышленником, который использовал компьютер одного из работников (Lopez) для доступа к неподходящим веб-сайтам. Просмотр записанного показал, что в объектив камеры попал рабочий стол и компьютер Lopez, окружающая рабочая зона, несколько шкафов и вход в кабинет; изображения истцов зафиксированы не были; звук отсутствовал. Работодатель также указал, что мониторинг осуществлялся по окончании рабочего дня, когда работники не присутствовали на работе. Все это свидетельствует о том, что работодателем не было получено никакой личной информации о работниках, со стороны работодателя не было совершено вторжения в частную жизнь работников. Суд первой инстанции указал, что со стороны работодателя не было вмешательства в разумные ожидания истцов о неприкосновенности частной жизни; работодатель обеспечивал безопасную среду для детей-воспитанников.

Апелляционный суд отменил решение суда первой инстанции относительно ожиданий работников о неприкосновенности частной жизни: изображения с камеры видеонаблюдения могли просматривать все, кто имел доступ к камере хранения, где стоял монитор, на который производилась запись всего снятого материала. По мнению суда, поведение работодателя было крайне оскорбительным.

Но Верховный суд Калифорнии, пересмотрев данный спор, пришел к иному выводу. По его мнению, ответ на первый вопрос должен быть положительным: работодатель спрятал видеооборудование в явной попытке помешать кому бы то ни было его обнаружить; за исключением одного дня (из трех недель) камера находилась в рабочем кабинете работников; средства для активации функций мониторинга и записи были доступны любому, у кого был доступ в кладовую (место, где можно было осуществлять просмотр записанного на видеокамеру); работники не были проинформированы о том, что они могли подвергнуться риску видеонаблюдения, от них не было получено согласие на это. Политика работодателя устанавливала возможность осуществления контроля за электронными сообщениями, электронными файлами и данными с посещенных веб-сайтов, но возможность осуществления видеонаблюдения за работниками предусмотрена не была.

Было ли вторжение в частную жизнь работников оскорбительным? Суд установил, что работодатель предпринял все возможные меры для ограничения мониторинга работников (камера направлена на рабочий стол и компьютер; доступ к кладовой был ограничен, оно было отдаленным и безопасным; оборудование для наблюдения работало всего три раза в течение ограниченного периода времени (ночью и рано утром, после окончания смен и после того как работники покидали рабочее место); по истечении примерно трех недель оборудование было демонтировано, несмотря на то что виновное лицо так и не было обнаружено). Все это свидетельствует о том, что этические нормы не были нарушены и поведение работодателя не было в высшей степени оскорбительным по отношению к работникам.

Таким образом, суд постановил: «Ничто из того, что мы здесь установили, не предназначено для поощрения таких мер наблюдения, особенно в отсутствие надлежащего уведомления людей о скрытом видеонаблюдении... Тем не менее истцы не установили и не могут разумно ожидать, что поведение обвиняемых (работодателя) было крайне оскорбительным и представляло собой нарушение существу-

ющих этических норм... Усилия ответчика были направлены на то, чтобы вообще не вмешиваться в “визуальную конфиденциальность” истцов. Активация системы наблюдения была приспособлена по месту, времени и объему и была вызвана законными проблемами бизнеса. Истцы не подвергались риску быть подвергнутыми мониторингу или записи в течение рабочего дня и никогда не были сняты на камеру»¹⁶. Решение Апелляционного суда было отменено.

Мониторинг поведения работников посредством искусственного интеллекта

В условиях цифровизации, алгоритмизации контроль за поведением работников претерпел изменения. Если раньше это осуществлялось при помощи прямого контакта работника и работодателя (его представителя), то сегодня значительная часть контроля перешла в сферу цифровых технологий и искусственного интеллекта. Теперь работодатели могут применять инновационные, основанные на достижениях современной науки и техники способы мониторинга поведения работников, прибегая к помощи искусственного интеллекта. Под искусственным интеллектом нами понимается использование компьютеров и связанного с ними оборудования в целях дублирования или имитации поведения человека. При этом понятие «искусственный интеллект» может рассматриваться в двух разновидностях: узкий («слабый») и общий. Под узким искусственным интеллектом понимается интеллект, используемый для выполнения одной и той же задачи (это единственный вид искусственного интеллекта, который существует в настоящее время); под общим — искусственный интеллект, который может рассуждать об окружающем мире, как это делал бы человек (такой вид еще не разработан) (De Stefano, 2018, 7).

Контроль со стороны работодателя за поведением работников становится все более изощренным, агрессивным и навязчивым. К таким способам контроля относятся: внедрение в тело работника имплантатов микрочипов (биочипирование), которые предоставляют работникам возможность открывать входные двери, получить доступ в свой кабинет, начать работу за рабочим компьютером, купить еду в офисном кафетерии и даже позволяют хранить медицинские данные работников; использование браслетных трекеров и датчиков, способных обнаружить усталость и депрессию работников, регистрировать их перемещения и местоположение ежесекундно. Посредством использования социометрических значков со встроенными в них микрофонами работодатель может анализировать настроение работников без фактической записи содержания их разговоров (Fischbach et al., 2009); уровень взаимодействия с коллегами и даже юмор работников (De Stefano, 2018, 13).

Искусственный интеллект также используется для наблюдения за работниками в режиме дистанционной работы. Например, компания Crossover продает такие системы, как Workmart Productivity Tool, для мониторинга телеработников и других удаленных работников, делая скриншоты их компьютеров через определенные промежутки времени и собирая другие данные. На веб-сайте компании уточняются формы мониторинга: «...проверка активности клавиатуры, использования приложе-

¹⁶ Abigail Hernandez et al. v. Hillsides, Inc. et al. In the Supreme Court of California. August 3, 2009. No. S147552. URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2009/s147552/> (дата обращения: 21.07.2020).

ний, скриншотов и фотографий с веб-камеры для генерации карты времени каждые 10 минут». Затем эта карта времени передается работникам и их менеджерам через «журнал регистрации, чтобы показать, как работник использовал рабочее время»¹⁷.

Но технологические компании не останавливаются на достигнутом и придумывают все более причудливые способы мониторинга работников. Так, некоторые китайские компании используют датчики в шлемах и головных уборах работников для сканирования их мозговых волн в целях обнаружения усталости, стресса и отдельных эмоций, например таких, как гнев.

Другие работодатели (в частности, электрические компании) используют сканирование мозговых волн, чтобы определить, сколько раз и в течение какого времени работники используют перерывы в течение рабочего дня (смены) для отдыха. Эта технология используется на высокоскоростных поездах для «обнаружения усталости и потери внимания работников» (Saner, 2018).

В феврале 2018 года сообщалось, что Amazon получила патент на браслет, который не только отслеживал местонахождение рабочих на складе, но и мог сканировать их движения рук, информируя определенным сигналом или излучением импульса об ошибочном формировании заказа. Товары на складах Amazon хранятся наугад, и с помощью указанных выше технологических инструментов работники направляются к следующему изделию, которое необходимо обработать, а система позволяет автоматически отслеживать и измерять скорость и эффективность работы каждого отдельного работника (Baraniuk, 2015).

Системы GPS позволяют контролировать положение и скорость передвижения водителей, а также доставщиков, работающих на онлайн-платформах. Эти системы могут также использоваться для предотвращения различных коллективных действий со стороны работников, если будет установлено, что они собираются в определенных местах (De Stefano, 2015). Подобно рабочим на складе, использующим автоматизированные системы управления, рабочие онлайн-платформ назначаются на следующую задачу с помощью алгоритмов приложения, измеряющих их скорость и усердие в выполнении работы, путем исследования рейтингов и обзоров, предоставленных клиентами. Плохие оценки или производительность ниже стандартов алгоритма могут привести к исключению работника из платформы (то есть, по сути, к увольнению) (Aloisi, 2016).

Особенность мониторинга поведения работников при помощи искусственного интеллекта (по сравнению с электронным мониторингом) заключается в том, что робот управляет если не всеми, то большинством процессов работодателя: задает начало работы, отслеживает скорость ее выполнения, контролирует показатели производительности каждого отдельного работника и автоматически генерирует любые предупреждения и даже увольнения без участия руководителей. Такая автоматизированная система регистрирует время простоя работника, и если тот достаточно долго (по заданному машине алгоритму) отрывается от выполнения работы, то машина будет сигнализировать работнику о неэффективности его производительности (Lecher, 2019). Таким образом, теперь уже не человек (работодатель) принимает решение о правомерном или, напротив, противоправном поведении друго-

¹⁷ Crossover is hiring around the world. URL: <https://www.crossover.com/worksmart/#worksmart-productivity-too> (дата обращения: 21.07.2020).

го человека (работника), а машина, робот, автомат, лишенный восприятия окружающего мира с позиции физических и психоэмоциональных возможностей людей.

Результаты мониторинга поведения работников: проблемы правовых последствий

Работодателю может стать известна информация, которую ранее не удавалось запечатлеть и зафиксировать. При изучении данных способов, средств и форм контроля возникают вполне резонные вопросы:

- Каковы пределы осуществления контроля работодателя за работниками?
- Не будет ли информация определенного характера, ставшая известной работодателю, использована им для достижения своих (иногда — выгодных исключительно работодателю) целей?
- Где, сколько времени, в каком объеме будет храниться данная информация?
- Каковы правовые последствия информирования работодателя о полученных такими нетрадиционными средствами сведений?

Вопросы, скорее всего, риторические. Вероятно, что работодателям необходимо разработать определенные правила по хранению, обработке, передаче поступившей им информации о работниках (желательно — с соблюдением процедуры учета или, что еще лучше, с получения согласия представительного органа работников). Очевиден и другой факт: работодателю необходимо получить согласие работников на обработку, хранение, использование, передачу их персональных данных.

Прибегая к такому технологически усовершенствованному мониторингу, теперь уже не работодатель или иное уполномоченное им лицо осуществляет контроль за поведением работников, а робот, запрограммированный на определенный алгоритм и требующий неукоснительного его (алгоритма) соблюдения от работника.

Достоинства такого «контролера» безусловны: робот не позволит рабочим продолжить работу, если тот или иной процесс или этап работы не будет выполнен правильно, «по алгоритму»; минимизируется субъективизм работодателей при принятии решения о квалификации поведения работника как противоправного; роботы не болеют; они не могут забеременеть; они могут работать в необогреваемых и неосвещенных помещениях, они не требуют выплаты им заработной платы и не обращаются в суд за восстановлением их прав и т. д.

Но и недостатки очевидны: роботизация влияет на заработную плату (существенно снижает ее размер¹⁸); рабочие специальности являются менее привлекательными для работодателей, так как на смену «человеческому» труду приходят машины («нечеловеческий труд»), так привлекающие работодателей (роботы не требуют предоставления им перерывов в работе и оплачиваемого отпуска).

¹⁸ Экономисты Дарон Асемоглу (Daron Acemoglu) из М.И.Т. и Паскуаль Рестрепо (Pascual Restrepo) из Бостонского университета изучали местные рынки труда в США в период между 1990 и 2007 годами и обнаружили, что концентрация промышленных роботов в той или иной области напрямую связана со снижением количества рабочих мест и уровнем оплаты труда. В 2012 году компания Amazon потратила почти 800 млн долларов на покупку робототехники Kiva, которая производит роботов, способных перемещать вес до 750 фунтов. Исследовательский отчет Deutsche Bank подсчитал, что Amazon может сэкономить 22 млн долларов в год, внедряя роботы Kiva на одном складе (Kolhatkar, 2017).

Выводы

Информационные технологии и искусственный интеллект в принципе позволяют работодателям осуществлять наблюдение и мониторинг деятельности работников в немыслимом ранее масштабе, а также сбор и обработку огромного объема данных об этой деятельности (Dagnino, 2017).

Осуществление контроля за поведением работников трансформируется: первоначально он осуществлялся работодателем непосредственно, при этом информированность работодателя о совершенном работником правонарушении презюмировалась. С появлением новых технологий возможности работодателей по контролю за работниками расширяются, но при этом право на принятие необходимых работодателям решений остается за ними. Тенденцией настоящего времени является использование искусственного интеллекта в сфере трудовых отношений, что расширяет спектр задач, которые могут выполнять машины. И все-таки отсутствие способности у робота (искусственного интеллекта) анализировать собранные им данные позволяет прийти к выводу, что участие человека (работодателя) в принятии решения о правомерности (или, наоборот, противоправности) поведения работника сегодня еще необходимо. Машина пока не может полностью заменить человеческий труд для выполнения любой задачи, по крайней мере до тех пор, пока не будет развит искусственный интеллект, сопоставимый с интеллектом человека (Fernández-Macías, 2018b).

Новые технологии порождают неопределенность в отношении права работника на неприкосновенность частной жизни, а свобода работодателей в осуществлении права на контроль за поведением работников все чаще воспринимается как выходящая за рамки разумных ожиданий в отношении неприкосновенности частной жизни.

Представляется, что на уровне Трудового кодекса Российской Федерации необходимо установить правила осуществления мониторинга за поведением работников в рабочее время / на рабочем месте. Отсутствие норм о формах, способах, средствах контроля работников со стороны работодателей не соответствует современным реалиям, не отвечает требованиям справедливости и соразмерности и по существу означает нарушение баланса прав и законных интересов сторон трудового правоотношения. Интересы работников, работодателей и государства в данной сфере должны быть оптимально и справедливо сбалансированы, должны развиваться новые формы защиты частной жизни. Это является необходимым условием гармонизации трудовых отношений, иначе работники будут еще больше ненавидеть свою работу, чем когда бы то ни было.

Библиография/References

- Akopova, Elena M. 2003. *Labor contract: formation, development and modern state*. Abstract of dissertation by Dr. Sci. in Law. Available at: <http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=125264> (accessed: 20.07.2020). (In Russian)
- Aloisi, Antonio. 2016. "Commoditized workers: Case study research on labour law issues arising from a set of 'on-demand/gig economy' platforms." *Comparative Labor Law and Policy Journal* 37 (3): 653–690.
- Baraniuk, Chris. 2015. *How Algorithms Run Amazon's Warehouse*. Available at: <http://www.bbc.com/future/story/20150818-how-algorithms-run-amazons-warehouses> (accessed: 12.07.2020).

- Dagnino, Emanuele. 2017. "People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data." *Labour and Law Issues* 3 (1). Available at: <https://labourlaw.unibo.it/article/view/6860/6629> (accessed: 20.07.2020).
- De Stefano, Valerio. 2015. "The rise of the 'just-in-time workforce': On-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy'." *Comparative Labor law and Policy Journal* 37(3): 471–503. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2682602>
- De Stefano, Valerio. 2018. "Negotiation the algorithm': Automation, artificial intelligence and labour protection." *Employment Working Paper* 246: 1–31. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf (accessed: 20.07.2020).
- Fernández-Macías, Enrique. 2018a. *Three vectors transforming work in the digital revolution*. Available at: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/three-vectors-transforming-work-in-the-digital-revolution> (accessed: 20.07.2020).
- Fernández-Macías, Enrique. 2018b. *Automation, digitisation and platforms: Implications for work and employment*. Available at: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18002en.pdf (accessed: 18.07.2020).
- Fischbach, Kai, Gloor, Peter A., Lassenius, Casper, Olguin Olguin, Daniel, Pentland, Alex (Sandy), Putzke, Johannes, Schoder, Detlef. 2009. *Analyzing the Flow of Knowledge with Sociometric Badges*. Available at: http://www.ickn.org/documents/COINs2009_Fischbach_Gloor_Lassenius_etc.pdf (accessed: 23.07.2020).
- Kolhatkar, Sheelah. 2017. "Welcoming our new robot overlords." *The New Yorker*. Oct. 23. Available at: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/10/23/welcoming-our-new-robot-overlords> (accessed: 23.07.2020).
- Lecher, Colin. 2019. *How Amazon automatically tracks and warehouse workers for "productivity"*. Available at: <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> (accessed: 22.07.2020).
- Saner, Emine. 2018. *Employers are monitoring computers, toilet breaks — eve emotions. Is your boss watching you?* Available at: <https://www.theguardian.com/world/2018/may/14/is-your-boss-secretly-or-not-so-secretly-watching-you> (accessed: 12.07.2020).
- Sprague, Robert. 2015. "Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Trying to Fit Square Pegs in Round Holes." *Journal of Labor and Employment Law* 53: 53–76. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2606600>
- Ray, Steven W., Esq. *Monitoring Your Employees: How Much Can You Do And What Should You Do When You Uncover Wrongdoing?* Available at: <https://csrc.nist.gov/csrc/media/publications/conference-paper/1996/10/22/proceedings-of-the-19th-nissc-1996/documents/paper265/panelstm.pdf> (accessed: 14.07.2020).
- Todolí-Signes, Adrian. 2017. "The 'Gig Economy': Employee, Self-Employed or the Need for a Special Employment Regulation?" *European Review of Labour and Research*. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2900483> (accessed: 24.07.2020).

Контактная информация:

Офман Елена Михайловна — канд. юрид. наук, доц.; elena-ofman@yandex.ru

Transforming the employer's right to control employee behaviour in the digital economy*

E. M. Ofman

South Ural State University (National Research University),
76, V.I. Lenin pr., Chelyabinsk, 454080, Russian Federation

The article is devoted to the study of the employer's ability to control the behavior of employees in the conditions of digitalization, algorithmization, automation of work processes.

* The research was funded by RFBR and Chelyabinsk Region, project no. 20-411-740013.

In the article on the basis of comparative legal analysis of the legislation and judicial practice of the Russian Federation and the USA the forms and ways of realization of such control are studied; the conclusion is made that the right of control over the realization of the employee's work duties is today one of the most important signs (if not the only sign) testifying to the presence of the labor legal relationship; the peculiarities of electronic monitoring of the employees' behavior are established; it is marked that the control over the employee's behavior in the conditions of the digitalization of the labor process. The conducted research allowed the author to come to the conclusion that the use of artificial intelligence in the sphere of control over employees has both advantages and disadvantages, but the lack of ability of the robot (artificial intelligence) to analyze the data collected by it allows to assert that the participation of a person (employer) in the decision on the legality (or, on the contrary, the illegality) of the employee's behavior is still necessary today. Another result is that new technologies generate uncertainty about an employee's right to privacy, and employers' freedom to exercise control over employee behavior is increasingly perceived as going beyond reasonable expectations of privacy. In this regard, it was pointed out that the current labor law should be adjusted to establish rules and limits for monitoring employee behavior during working hours and at the workplace.

Keywords: control, monitoring, electronic monitoring, artificial intelligence, employee, employer, labor relations.

Author's information:

Elena M. Ofman — PhD in Law, Associate Professor; elena-ofman@yandex.ru