

SELLE v. GIBB
СЕЛЛЕ против ГИББ
741 F.2d 896
(7 округ, 1984 г.)

ДЕЛО РАССМОТРЕНО ОКРУЖНЫМИ СУДЬЯМИ ВУДОМ, КУДАХИ, И ГЛАВНЫМ ОКРУЖНЫМ СУДЬЕЙ НИКОЛЗОМ.

Истец, Рональд Х. Селле, подал иск к трем братьям, Морису, Робину и Барри Гибб, известных как участники популярной группы «Bee Gees» («Би Джис»), полагая, что «Би Джис» в своем хите «How Deep Is Your Love» нарушили исключительные права на песню истца «Let It End». В рамках разделенного судопроизводства, присяжные вынесли решение в пользу истца по вопросу виновности ответчиков в нарушении исключительных прав. При этом районный суд в составе судьи Джоржа Н. Лэйтона, удовлетворил ходатайство ответчиков о рассмотрении спора без учета вердикта присяжных заседателей и/или о новом судебном разбирательстве. *Selle v. Gibb*, 567 F.Supp. 1173 (N.D.Ill. 1983). Мы подтверждаем право на рассмотрение спора без учета вердикта присяжных заседателей.

I

Селле сочинил свою песню «Let It End» осенью 1975 года и закрепил на это произведение авторские права 17 ноября 1975 года. Он исполнил песню вместе с небольшим музыкальным коллективом два или три раза в окрестностях Чикаго, а также отправил запись песни и партитуру в одиннадцать звукозаписывающих компаний, восемь из которых вернули материалы обратно, а три не ответили вовсе. Этим перечень способов публичного распространения песни Селле исчерпывается. Впервые Селле наткнулся на песню «Би Джис» «How Deep Is Your Love» в мае 1978 года и подумал, что узнает собственную мелодию, хотя текст был другим. Он также посмотрел фильм «Saturday Night Fever», саунд треком к которому была песня «How Deep Is Your Love», и вновь узнал свой мотив. Тогда он подал иск к трем братьям Гибб, корпорации «Парамаунт Пикчерз Корпорэйшн», которая сняла и занималась распространением фильма, и к компании «Полиграм Дистрибьюшн Инк.», которая изготовила и занималась распространением записи «How Deep Is Your Love» на кассетах.

«Би Джис» имеет международное признание как группа исполнителей и создателей популярной музыки. Ими написано более 160 песен; ноты, пластинки и записи этой группы продаются во всем мире, а некоторые альбомы группы расходились тиражом, превышающим 30 миллионов экземпляров. При этом участники группы «Би Джис» не читают и не пишут музыкальные тексты. При создании песни они записывают мотив на пленку, а уже специалисты из команды группы транскрибируют мотив и сокращают его до размеров, пригодных для

получения авторских прав, продажи и исполнения как самими «Би Джис», так и другими исполнителями.

«Би Джис» помимо собственных свидетельских показаний предоставили показания своего менеджера Дика Эшби и двух музыкантов Элби Галютена и Блю Уивера, которые во время создания песни «How Deep Is Your Love» работали в команде группы. Показания свидетелей детально описывают события января 1977 года, когда «Би Джис» и несколько участников команды поехали в звукозаписывающую студию Chateau d'Herouville, находящуюся в 25 милях к северо-западу от Парижа. Там группа написала по меньшей мере шесть новых песен, из которых был составлен альбом. Барри Гиббз предоставил детальное объяснение в отношении рабочей записи, приобщенной к материалам дела и заслушанной судом. Запись воспроизводит рабочий процесс создания братьями и в особенности Барри Гиббзом, мелодии, ставшей предметом настоящего разбирательства – братья придумывают мотив, а клавишник Уивер подыгрывает поющим братьям на инструменте. Похоже, что запись не захватывает самое начало процесса создания произведения, но она явственно описывает процесс обмена идеями, нотами, текстами и музыкальными фразами, который постепенно складывается в песню.

После завершения рабочей записи, была сделана демо-запись. Рабочая запись, демо-запись и вокально-фортепианная версия с демо-записи были сделаны в тональности ми бемоль мажор. Партитура от 6 марта 1977 года записана в тональности ми мажор. 7 марта 1977 года была подана заявка на авторские права с партитурой песни «How Deep Is Your Love», а в ноябре 1977 года в Бюро регистрации авторских прав была представлена вокально-фортепианная аранжировка.

Единственным экспертом на процессе выступил Арранд Парсонз, профессор музыки Университета Норсвестерн, обладающий обширными профессиональными познаниями в основном по части классической музыки. Он писал аннотации для Чикагского симфонического оркестра и Симфонического оркестра Нового Орлеана и являлся автором нескольких работ по теории музыки. Однако до участия в настоящем процессе он никогда не проводил сравнительный анализ двух популярных песен (не классических произведений). Доктор Парсонз выступил в суде со своим заключением, сделанном на основании нескольких схем сравнением звуков каждой песни, и со сравнительной звукозаписью, сделанной под его руководством.

Согласно заключению д-ра Парсонза, первые восемь тактов песни (Тема А) содержат двадцать четыре из тридцати четырех нот мелодии истца, также двадцать четыре из сорока нот мелодии ответчиков полностью совпадают в способе подачи и симметричности расположения. Из тридцати пяти ритмических акцентов в мелодии истца и сорока – в мелодии ответчиков, тридцать – идентичны. В четырех заключительных тактах обеих песен (Тема В), четырнадцать нот каждой песни совпадают в подаче и одиннадцать из четырнадцати ритмических акцентов также являются идентичными. Тема А и Тема В занимают одинаковые позиции в обеих песнях, но сопровождаются отличными друг от друга сопутствующими нюансами.

Доктор Парсонз заключил, что, по его мнению, «эти две пени имеют настолько очевидную схожесть, что вряд ли они могли быть написаны одна отдельно от другой». Он также сказал, что ему неизвестна ни одна пара песен, написанных разными авторами, «которые содержали бы настолько поразительно схожие элементы» как в рассматриваемом случае. При этом в целом ряде случаев, он отказался утверждать, что схожесть может объясняться исключительно и только фактом копирования.

По окончании презентации дела, присяжные вынесли вердикт в пользу истца, признав ответчиком виновными по единственному вопросу, поставленному перед присяжными. Однако судья Лейтон удовлетворил ходатайство ответчиков о вынесении решения, невзирая на вердикт присяжных и/или на новое судебное разбирательство. Суд сослался на неспособность истца продемонстрировать, что ответчики имели доступ к песне истца, а без этого заявление о нарушении авторских прав не имеет силы, независимо от того насколько схожими являются два произведения. Также истец не оспорил и никак не опроверг показания самих ответчиков и их свидетелей, описывающие независимый процесс создания песни «How Deep Is Your Love». Судья Лейтон решил, что «умозаключения истца не являются логичным и допустимым выводом, следующим из представленных доказательств о «поразительной схожести» или «существенной схожести»; они «противоречат неоспоримым фактам» и не основаны на доказательствах наличия доступа у группы «Би Джис» на тот момент времени к песне истца».

II

Настоящий суд также как и районный суд не может стремиться к устранению присяжных от рассмотрения дела, решение о судебном рассмотрении спора без участия присяжных или о вынесении решения без учета вердикта присяжных заседателей непростое. При этом приняв такое решение, суд обязан установить наличие достаточных доказательств в поддержку позиции истца. Правила, применимые к ходатайству о судебном рассмотрении спора без участия присяжных и к ходатайству о вынесении решения без учета вердикта присяжных заседателей безусловно одинаковы. Все доказательства должны быть рассмотрены в совокупности с точки зрения наибольшего благоприствования интересам истца. Эти доказательства должны явиться основой для выводов, уже сделанных присяжными при вынесении вердикта, взамен спекуляциям или безосновательным умозаключениям, противоречащим бесспорным фактам. *Дело Brady v. Southern Railway*, 320 U.S. 476, 480, 64 S.Ct. 232, 234, 88 L.Ed. 239 (1943); *дело United States v. An Article of Device*, 731 F.2d 1253, 1257 (7th Cir. 1984); *дело Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.*, 615 F.2d 427, 430 (7th Cir. 1980); *дело Hohmann v. Packard Instrument Co.*, 471 F.2d 815, 819 (7th Cir. 1973).

К делу, безусловно, не относится то обстоятельство, что на предварительных судебных слушаниях в ходатайстве о судебном рассмотрении спора без участия присяжных было отказано и дело было передано на рассмотрение присяжных. По общему правилу, именно так и следует поступать, поскольку если суд вышестоящей инстанции отменяет принятое решение, нельзя пересматривать дело с самого начала. *Дело Маттиви против Сайс Африкан Марин Корп (Mattivi v. South*

African Marine Corp., 618 F.2d 163, 166 (2d Cir. 1980)). Поскольку мы согласны с позицией районного суда о необходимости вынесения решения без учета вердикта присяжных заседателей, нет смысла рассматривать вопрос об удовлетворении ходатайства ответчиков о новом судебном разбирательстве или их встречную апелляцию на отказ районного суда в вынесении решения в упрощенном порядке. Однако отметим, что встречная апелляция о решении спора в упрощенном порядке неуместна и избыточна, она по сути дублирует ходатайство о вынесении решения без учета вердикта присяжных заседателей. Встречная апелляция не должна рассматриваться как нечто большее, чем способ получить возможность подать последние пояснения или заявить о показаниях свидетелей, не присутствующих в заседании, но дававших показания под присягой в рамках упрощенного производства. Этому инструменту не стоит придавать излишнюю процессуальную силу.

III

Основным утверждением Селле в рамках настоящего рассмотрения является то, что районный суд неверно понял теоретические основы доказывания нарушения авторских прав, на которых основан его иск. Согласно этой теории, нарушение авторских прав может быть явственно продемонстрировано даже в отсутствие прямых улик и указаний, свидетельствующих о доступе к оригинальной работе, если два произведения настолько поразительно схожи, что доступ к оригиналу презюмируется, исходя из одной только схожести. Селле утверждает: свидетельские показания эксперта д-ра Парсонза являются достаточным доказательством поразительной схожести произведений, позволившим присяжным в отсутствие доказательств факта доступ к оригиналу прийти к заключению о том, что «Би Джис» не могли не иметь доступа к песне истца, скопировав её.

Заявляя о нарушении авторских прав на музыкальное произведение, истец обязан доказать (1) наличие авторских прав на свое музыкальное произведение; (2) оригинальность своего произведения; (3) копирование произведения ответчиком, и (4) существенную степень схожести между двумя произведениями. См. Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение: требование о существенном сходстве. Симпозиум по авторским правам, Номер 92, Американское общество композиторов, авторов и издателей 81-82. Издательство Колумбийского Университета (1977)* [далее по тексту – «Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение*»]. В рассматриваемом нами деле отсутствуют доказательства копирования произведения; первые два элемента установлены, а четвертый элемент (существенное сходство) с учетом обстоятельств данного дела непосредственно связан с третьим элементом, согласно позиции истца.

Доказательство копирования является краеугольным вопросом в спорах по нарушению авторских прав, поскольку независимо от того насколько схожи две работы (вплоть до их идентичности), если ответчик не копировал работу, то и нарушение отсутствует. *Дело Эрнштайн против Эдвард Б. Маркс Мьюзик Корп (Arnstein v. Edward B. Marks Music Corp., 82 F.2d 275 (2d Cir.)), отказ в ходатайстве об отмене решения, 86 F.2d 715 (2d Cir. 1936))*. Однако, поскольку прямых е

доказательства копирования в большинстве случаев получить невозможно, истец может воспользоваться косвенными доказательствами, чтобы установить факт копирования, и здесь самым важным из косвенных доказательств является установление факта наличия доступа к работе. См. Ниммер, Авторские права, 13.02, 13-9 (1983) [далее по тексту -- «Ниммер, *Авторские права*»]. Прямым доказательством наличия доступа к работе является, например, ситуация когда работа была направлена напрямую ответчику (будь то музыкант или издательская компания) либо близкому партнеру ответчика. С другой стороны, разумную возможность наличия доступа к работе можно установить, если, например, работа получила широкое публичное распространение. См. например дело *Эбко Мьюзик Инк против Хэrrисонгз Мьюзик Лтд (Abkco Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F.2d 988, 998 (2d Cir. 1983))*; (доступ, полученный в связи с широким распространением); Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение*, 82.

В отсутствие у истца прямых доказательств доступа к его произведению, можно, тем не менее, предположить наличие доступа путем доказывания сходства, которое настолько поразительно, что с практической точки зрения исключается вероятность независимого создания, случайного совпадения или наличия единого первоисточника. Если истец предъявит доказательства поразительного сходства, позволяющие предположить наличие доступа, то презюмируется, что факт копирования также доказан, при этом четвертый элемент (поразительное сходство) должен быть доказан дополнительно, а именно необходимо показать, что ответчик скопировал значительную часть оригинальной работы. Теория Селле, которую он пытается применить к данному спору, основана на доказывании факта копирования с помощью косвенного доказательства доступа - поразительного сходства двух работ.

Но у позиции истца есть одна проблема – независимо от степени сходства двух произведений, сходство само по себе не может служить доказательством доступа; скорее, оно может косвенно указывать на доступ с учетом характера и природы произведений, их конкретных жанровых особенностей и иных косвенных доказательств доступа к оригиналу. Другими словами, поразительное сходство это лишь один элемент в череде косвенных доказательств, указывающих на доступ, который не может рассматриваться в изоляции от других косвенных доказательств. Истец должен представить эти другие косвенные доказательства доступа к оригиналу.

Таким образом, должны быть дополнительные доказательства, позволяющие разумно допустить наличие *доступа* у предполагаемого нарушителя к оригинальной работе. Как было отмечено выше, две работы могут быть идентичны до мельчайших подробностей, но если предполагаемый нарушитель создал свое произведение независимо и самостоятельно, либо обе работы были скопированы с единого первоисточника, то нарушение отсутствует. Если истец признает, что хранил свою работу «под замком», невозможно с логической точки зрения предположить возможность доступа к работе, ссылаясь только на поразительное сходство. Много писалось о том, что поразительное сходство *само по себе* позволяет констатировать факт доступа к оригинальной работе, однако

перечисленные судебные решения указывают на то, что это совершенно нетипичная ситуация. Никто не освобождает истца от обязанности представить достаточные доказательства в поддержку пусть даже предположения о наличии доступа к оригиналу, так как присяжные не должны строить предположений о наличии доступа на основании исключительно спекуляций и домыслов.

Например, в деле *Твендиз Сенчерс Фокс Филм Корп против Диекхауз (Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Dieckhaus, 153 F.2d 893 (8th Cir.), отказано, 329 U.S. 716, 67 S.Ct. 46, 91 L.Ed. 621 (1946))*, суд отменил решение о признании нарушения, вынесенного лишь в силу сходства между книгой истца и фильмом ответчика. Суд указал, что истец не предоставила доказательств наличия у ответчика доступа к ее книге, а те лица, которым истец давал копию своей книги, под присягой заявили, что не передавали книгу ответчику. Суд не установил существенного сходства между книгой и фильмом, но мотивом принятого решения решение послужил другой факт: «устные и письменные доказательства, находящиеся в материалах дела ... указывают на факт отсутствия у ответчика доступа к книге истца. Законы плагиата не позволяют суду сделать вывод об обратном, исходя исключительно из схожести книги и фильма». *Id.* 897. Таким образом, доказательство поразительного сходства позволяет допустить предположение о наличии доступа, однако истец, тем не менее, обязан дополнить нарисованную им картину нарушения его прав дополнительными доказательствами пусть даже самого минимального уровня, чтобы подкрепить свой вывод о наличии доступа.

Пожалуй, самой простой является ситуация, когда истец не может продемонстрировать прямую связь между своей оригинальной работой и произведением ответчика, но оригинальная работа получила столь широкое распространение, что разумно было бы предположить, что ответчик не мог не иметь к ней доступ. В деле *Чолвин против Би энд Эф Мьюзик Ко (Cholvin v. B. & F. Music Co., 253 F.2d 102 (7th Cir. 1958))*, работа истца разошлась в количестве 2000 профессиональных партитур и 4 записей, из которых был издан и продан тираж в 200 000 пластинок, она звучала по всей стране в ходе нескольких общенациональных трансляций. Суд решил, что эти на основании этих косвенных доказательств с учетом сходства между двумя произведениями разумно допустить наличие нарушения. В деле *Абко Мьюзик Инк против Харрисонз Мьюзик Лтд (Abkco Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F.2d 988, 997-99 (2d Cir. 1983))*, суд, например, установил факт нарушения авторских прав на основании теории подсознательного копирования. Оригинальная работа «He's So Fine» в течение пяти недель являлась самой популярной песней в Соединенных Штатах и держалась в чартах Великобритании среди самых популярных 30 песен в течение семи недель, именно тогда, когда Джордж Харрисон написал свою песню «My Sweet Lord», нарушив авторские права. Данные обстоятельства, в дополнение к собственному признанию Харрисона о том, что обе песни «поразительно похожи» явились основанием для признания нарушения. С другой стороны, в деле *Джуел Мьюзик Паблшинг Ко против Лео Феист Инк (Jewel Music Publishing Co. v. Leo Feist, Inc., 62 F.Supp. 596, 598 (S.D.N.Y. 1945))*, почти 10 000 копий оригинальной песни были проданы и песня также транслировалась по всей стране, однако суд решил, что наличие доступа к оригиналу не было продемонстрировано достаточным

образом, и в сочетании с другими доказательствами не позволяет суду сделать разумное предположение о наличии доступа.

Вопрос о доступе к оригиналу в рассматриваемом деле не сравним с ситуацией в деле *Диекхауз* поскольку ни та, ни другая сторона настоящего дела не посчитали нужным привлечь к процессу в качестве свидетелей представителей (в основном сотрудников) издательских компаний, которым истец отправил копии своей песни. Их свидетельские показания могли бы подтвердить или опровергнуть отсутствие доступа. С другой стороны, песня Селле абсолютно точно не имела той степени распространения, которую имели произведения в делах *Чолвин*, *Джуел Мьюзик Паблшинг Ко.*, или *Хэррисонз Мьюзик*. Нет подтверждений тому, что ответчики или их близкие партнеры были в Чикаго во время тех двух или трех публичных выступлений истца, когда он исполнял свою песню. С учетом обстоятельств дела суд не ставит себе задачу назвать количество копий произведения, которые нужно распространить, чтобы иметь возможность сделать разумное предположение о наличии доступа. При этом отметим, что доступность песни Селле была практически минимальна (*de minimis*).

Удовлетворяя ходатайство ответчиков о вынесении решения, невзирая на вердикт присяжных, судья Лейтон в основном опирался на то, что истец не смог представить доказательств возможного доступа к оригинальной песне, и что предположение о наличии доступа не может строиться на домыслах, спекуляциях или предположениях о такой возможности. 567 F.Supp. 1181. В деле *Теста против Янсена* (*Testa v. Janssen*, 492 F.Supp. 198, 202-03 (W.D.Pa. 1980)), суд постановил, что «для признания доступа доказательства истца должны быть чем-то большим, нежели просто спекуляциями и домыслами. Косвенные доказательства могут в достаточной мере явиться основанием для установления факта доступа, однако возможность, представившая ответчику иметь доступ к оригинальной работе, должна быть разумной возможностью, а не голословным заявлением о наличии такой абстрактной возможности». См также дело *Фергюсон против Найшнл Бродкастинг Ко.* (*Ferguson v. National Broadcasting Co.*, 584 F.2d 111, 113 (5th Cir. 1978)); дело *Скотт против Парамайнт Пикчерз Корп.* (*Scott v. Paramount Pictures Corp.*, 449 F.Supp. 518, 520 (D.D.C. 1978), 607 F.2d 494 (D.C.Cir. 1979), 449 U.S. 849, 101 S.Ct. 137, 66 L.Ed.2d 60 (1980)).

Судья Лейтон основывался в своем решении на том, что он сам характеризовал как неспособность истца представить нечто большее, чем предположения о наличии доступа у «Би Джис» к его песне. Подробные свидетельские показания ответчиков и их свидетелей с описанием процесса создания собственной песни не сопровождалось сколь-нибудь серьезными возражениями со стороны истца, и не было попытки подвергнуть сомнению правдивость их показаний в целом. Судья Лейтон также ссылаясь на то, что в отсутствие сомнений, возражений или противоречий, показания благонадежных свидетелей по вопросам их компетенций и осведомленности суд не может не принимать во внимание. Дело *Диекхауз, упомянутое выше*, 153 F.2d at 899-900. См также дело *Чезапик и Огайо Рэйлроуд Ко. Против Мартина* (*Chesapeake and Ohio Railroad Co. v. Martin*, [283 U.S. 209](#), 216, 51 S.Ct. 453, 456, 75 L.Ed. 983 (1931)). Судья Лейтон сделал также вывод о том, что в данном деле речь о неподтвержденными фактами заявлении о

наличии возможности у ответчиков получить доступ к песне Селле, что не является достаточным основанием для присяжных разумным образом предполагать наличие доступа. Истец не смог предоставить минимального набора доказательств доступа, в результате чего, как указал судья Лейтон, предположение о наличии доступа «вступило в противоречие с неоспоримыми фактами». 567 F.Supp. 1183.

IV

Правомерность удовлетворения ходатайства ответчиков о судебном рассмотрении спора без учета вердикта присяжных можно обосновать не только неспособностью истца продемонстрировать разумность предположения о наличии у ответчиков доступа к его оригинальной песне, как это описано в вышеприведённом анализе, но и более традиционным заключением: наличие доступа объясняется «поразительным сходством» двух произведений *и ничем больше*. Истец практически полностью обосновывает свою позицию выводом своего эксперта, д-ра Парсонза, о том, что два произведения «поразительно схожи». При этом дать точное определение термину «поразительное сходство» задача крайне сложная, и этот неправовой термин зачастую используется расхожим и неоднозначным образом.

Шерман дает следующее определение «поразительному сходству» -- это термин из области искусства означающий «такую степень сходства, которая позволяет предположить копирование даже в отсутствие доказательств доступа к оригиналу...» Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение*, 84 п. 15. Ниммер утверждает, что в отсутствие доказательств доступа «сходство должно быть настолько поразительным, чтобы исключить всякую возможность получения ответчиком подобного результата независимым образом». Ниммер. *Авторские права*, 13-14.

«Поразительное сходство» не может сводиться к выявлению определенного количества идентичных нот в двух произведениях. Дело *Уилке против Сэнтли Брозерз Инк.* (*Wilkie v. Santly Brothers, Inc.*, 13 F.Supp. 136 (S.D.N.Y. 1935), 91 F.2d 978 (2d Cir.), 302 U.S. 735, 58 S.Ct. 120, 82 L.Ed. 568 (1937), 94 F.2d 1023 (2d Cir. 1938)) (сравнение последовательности нот демонстрирует поразительное сходство), и дело *Джуел Мьюзик Паблшинг Ко. против Лео Феист Инк.* (*Jewel Music Publishing Co. v. Leo Feist, Inc.*, 62 F.Supp. 596 (S.D.N.Y. 1945)) (в связи с неспособностью истца установить факт доступа к оригиналу, степень сходства, несмотря на полную или частичную идентичность нескольких аккордов, невозможно назвать поразительной). Важным аспектом в анализе степени сходства двух произведений является оценка уникальности законченных музыкальных фраз внутри каждого произведения.

Если в оригинальном произведении присутствует существенное отличие от обычной метрической структуры, или если оригинал содержит некую казалась бы на первый взгляд ошибку, а обжалуемая копия воспроизводит такое существенное отличие или ошибку, тогда вероятность наличия взаимосвязи между двумя произведениями наиболее вероятна. См. дело *Нордстром против Американской Радио-корпорации* (*Nordstrom v. Radio Corporation of America*, 251 F.Supp. 41, 42 (D.Colo. 1965)). Если похожие музыкальные фразы имеют особо сложную

структуру, также можно говорить о вероятном наличии взаимосвязи между двумя произведениями. И наконец, даже некоторые отличия одного произведения от другого могут быть особенно подозрительными. См. например дело *Meier Co. против Элбани Новелти Мануфэкчуринг Ко.* (*Meier Co. v. Albany Novelty Manufacturing Co.*, 236 F.2d 144, 146 (2d Cir. 1956)) (инверсия и замена определенных слов в каталоге «в грубой попытке придать некие отличительные черты» сами по себе свидетельствуют о факте копирования); дело *Блум против Снеар* (*Blume v. Spear*, 30 F. 629, 631 (S.D.N.Y. 1887)) (вариации в обжалуемой песне были встроены таким образом, что несомненно указывали на сознательное копирование оригинала); Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение*, 84-88. Некоторые из приведенных концепций заимствованы из споров, касающихся литературных произведений, но их применение в отношении музыкальных произведений представляется вполне уместным.

В юридической практике определение «поразительного сходства» формулируется следующим образом: «истец должен продемонстрировать, ‘присутствующее в произведениях сходство таково, что объяснением ему может быть только копирование, но никак не случайное совпадение, независимое создание или единый первоисточник’». Дело *Теста против Янсена* (*Testa v. Janssen*, 492 F.Supp. 198, 203 (W.D.Pa. 1980)) (цитата из дела *Стратчборнео против Арк Мьюзик Корп* (*Stratchborneo v. Arc Music Corp.*, 357 F.Supp. 1393, 1403 (S.D.N.Y. 1973))). См также дело *Скотт против ВКДГ Инк* (*Scott v. WKJG, Inc.*, 376 F.2d 467, 469 (7th Cir. 1967)) (сходство должно быть «настолько поразительным и такого свойства, чтобы исключить вероятность совпадения, случайности или независимого создания»), дело *Арнштейн против Портера* (*Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464, 468 (2d Cir. 1946)); дело *Скотт против Парамант Пикчерз Корп.* (*Scott v. Paramount Pictures Corp.*, 449 F.Supp. 518, 520 (D.D.C. 1978)). Шерман добавляет: чтобы доказать, что сходство является «поразительным», истец должен показать, что подобное сходство не может удовлетворительным образом объясняться предположением о совпадении, независимом создании или о наличии единого первоисточника, а равно никакой иной теорией кроме как копирование. Поразительное сходство является технической категорией – вне сомнения именно эксперты могут наилучшим образом управляться с ней. Шерман, *Нарушение авторских прав на музыкальное произведение*, 96.

И последнее. Сходство должно проявляться внутри уникального или сложного контекста, чтобы исключить вероятность копирования обоих произведений с единого первоисточника - дело *Шелдон против Метро-Голдвин Пикчерз Корп.* (*Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2d Cir.), 298 U.S. 669, 56 S.Ct. 835, 80 L.Ed. 1392 (1936)) - и исключить возможность независимого создания ответчиком оспариваемого произведения - дело *Николз против Юниверсал Пикчерз Корп.* (*Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 122 (2d Cir. 1930), 282 U.S. 902, 51 S.Ct. 216, 75 L.Ed. 795 (1931)). См также дело *Даррелл против Джо Моррис Мьюзик Ко* (*Darrell v. Joe Morris Music Co.*, 113 F.2d 80 (2d Cir. 1940)) («простые, банальные темы . . . скорее всего повторяются спонтанно . . . и [лишь некоторые] . . . совпадают с инфантильными запросами любителей популярной музыки»); дело *Эрнштайн против Эдвард Б. Маркс Мьюзик Корп* (*Arnstein v. Edward B. Marks Music Corp.*, 82 F.2d 275, 277 (2d Cir. 1936)). Дело

Эбко Мьюзик Инк против Хэррисонз Мьюзик Лтд (Abkco Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd., 722 F.2d 988, 998 (2d Cir. 1983)) (обнаружение «исключительно уникального рисунка» дополнительно подтверждает вероятность копирования).

С учетом всего вышесказанного, суд проанализировал доказательства «поразительного сходства», представленные истцом.

Как уже было отмечено, истец практически полностью полагается на заявление своего эксперта д-ра Арранда Парсонза. Ответчики со своей стороны не привлекли к участию своего эксперта, очевидно потому, что не считали необходимым опровергать показания Парсонза. Ответчики, пожалуй, отчасти правы, считая Парсонза квалифицированным специалистом в области классической музыки, но вовсе не столь же квалифицированным в оценке произведений популярной музыки. Однако более важным является то, что, несмотря на использование Парсонзом волшебного словосочетания «поразительное сходство», он лишь попытался исключить вероятность независимого создания; он не утверждал, что сходство может быть объяснено только и исключительно копированием. Чтобы доказать «поразительное сходство» для дальнейшего разумного предположения о наличии доступа к оригиналу, особенно в таком случае как этот, где нет прямых доказательств доступа, истец должен показать, что сходство имеет такой характер, что кроме копирования иных объяснений этому сходству быть не может.

Также, чтобы подкрепить вывод эксперта о том, что самостоятельное создание абсолютно исключено, нужны дополнительное заключение или дополнительные показания, указывающие на сложность и уникальность композиций. Заключение д-ра Парсонза не затрагивает этого аспекта, хотя в такой сфере как поп-музыка, где все песни достаточно короткие, вертятся или выстраиваются вокруг неких базовых тем, подобная оценка была бы просто необходима. Мы согласны с Судом Шестого Округа: «не считаем, что заключение эксперта, голословно утверждающего, что ‘совершенно невозможно, чтобы один комплект архитектурных планов был подготовлен в отсутствие доступа к другому комплекту’ - способен с успехом заменить собой прямые доказательства наличия доступа к оригиналу». Дело *Шольц Хоумз Инк против Мэддокс (Scholz Homes, Inc. v. Maddox, 379 F.2d 84, 86 (6th Cir. 1967))*.

Чтобы проиллюстрировать это упущение, обращаемся к кассетной записи, Приложение 27 Истца, и сопутствующему графику, Приложение 27 Истца. Материалы были подготовлены ответчиками, но были приобщены к материалам дела истцом. На пленке воспроизводятся темы песен Селле и Гибба, которые перемежаются фрагментами абсолютно других произведений, таких как «Footsteps», «From Me To You» (песня Леннона и Маккартни), 5 Симфония Бетховена, «Funny Talk», «Play Down», и «I'd Like To Leave If I May» (последние две песни были написаны ранее Барри Гиббом). Улавливается, по меньшей мере, легкое сходство между всеми фрагментами, когда их исполняют в одной манере на одинаковых музыкальных инструментах, а истец не счел нужным включить в анализ своего эксперта оценку схожести песен Селле и Гибба с остальными представленными в записи произведениями. Указанные обстоятельства позволяют сделать вывод о том, что истец не в полной мере справился с бременем

доказывания «поразительного сходства» в юридическом смысле этого термина, т.е. сходства, которое разумно исключает любое иное объяснение, кроме копирования.

Эксперт со стороны истца никак не затронул тему единого первоисточника, могущего присутствовать среди широко известных популярных песнях, или даже среди более ранних песен самих ответчиков. В ходе устного обсуждения представитель истца заявил, что бремя доказывания относительно единого первоисточника лежит на ответчиках, однако, бремя доказывания «поразительного сходства», которое по определению включает в себя некие шаги по минимизации вероятности наличия единого первоисточника, лежит на истце. По сути, истец не смог должным образом доказать, что сходство, обнаруженное экспертом – которое, наверное, можно назвать «поразительным» в неюридическом смысле – имеет такой характер, который полностью исключает вероятность совпадения, независимого создания или наличия общего первоисточника скажем среди более ранних песен самих «Би Джис» или других исполнителей. Таким образом, в ситуации когда невозможно доказать наличие доступа к оригиналу, не прибегая к спекуляциям и домыслам, представленные доказательства «поразительного сходства» не являются достаточными для вынесения решение в пользу истца.

Поскольку истец не предложил достаточных усилий для того, чтобы присяжные могли разумно предположить наличие у «Би Джис» доступа к его песне, и не смог доказать «поразительное сходство» между двумя произведениями, решение районного суда об удовлетворении ходатайства ответчиков о вынесении решения без учета вердикта присяжных, остаётся без изменения. С учётом позиции суда в отношении встречной апелляции ответчиков о решении спора в упрощенном порядке в соответствии с Апелляционными процессуальными Федеральными правилами 38, суд решил, что каждая сторона несет собственные судебные расходы самостоятельно.

P A R A G O N