

УДК: 340.134:347.77/.78(497.11:4-672EU)

CERIF: S 124, S 144, S 155

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23202A

др Слободан М. МАРКОВИЋ<sup>\*</sup>  
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,  
Србија

## СТАТУС ЗАКОНСКИХ ОГРАНИЧЕЊА АУТОРСКОГ ПРАВА И ПАТЕНТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ И ПРАВУ СРБИЈЕ<sup>\*\*</sup>

### Сажетак

Тежиште рада је на сучељавању традиционалне (*de lege lata*) и модерне (*de lege ferenda*) концепције „шести у три корака“, којом се показује да традиционални принцип рескриптивности у нормирању ограничења права усвојува место принципима сврсисходности и пропорционалности. Тиме се омогућава да овај шести посматра флексибилно и ефикасно средство за подешавања баланса релевантних интереса у заштити интелектуалне својине, ради остварења јавног интереса – унапређења стваралаштва, развоја и благодинања заједнице.

„Шести у три корака“ је, по својој природи једна инструктивна међународноправна норма која се обраћа националном законодавцу који прописује ограничења права. У Србији је овај шести уграђен у шексти

---

\* Електронска адреса аутора: [slobodanmarkovic0227@gmail.com](mailto:slobodanmarkovic0227@gmail.com).

\*\* Овај рад представља резултат ауторовог истраживања на стратешком пројекту „Савремени проблеми правног система Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2023. годину.

ЗАСП-а и ЗОПАТ-а чиме је добио природу националне законске норме која обавезује субјекте који примењују закон. Размајрајући узроке и последице ове необичне појаве, аутор критикује технику хармонизације домаћих пројиса са пројисима ЕУ, где је акценат на критеријуму текстуалној подудараности, а не на материјалној интеграцији реципираних пројиса у домаћи правни поредак.

**Кључне речи:** Ограничење права. – Ауторско право. – Патент. – Тести у широком корак. – TRIPS.

## I Уводне напомене

Субјективно ауторско право и патент су искључиве природе и делују *erga omnes*. Будући да је њихов предмет нематеријално добро (ауторско дело, проналазак), тј. информација као градивни елемент цивилизације, ова права су вишеструко ограничена у предметном, временском и садржинском погледу. Смисао тих ограничења је успостављање равнотеже између друштвене мисије ових права (економско подстицање културног и техничког стваралаштва), с једне стране, и легитимног интереса заједнице да има слободан приступ предметима заштите, с друге стране. Номотехнички гледано, та равнотежа се успоставља на различите начине: почев од рестриктивног дефинисања предмета и услова заштите, преко ограничења трајања ових права и прописивања тачно одређених искључивих овлашћења носилаца права, до низа ограничења дејства ових овлашћења.

Предмет овог чланка су само ограничења из последње наведене групе: конкретни законом прописани случајеви у којима одређена имовинска овлашћења из постојећег субјективног ауторског права или патента не делују уопште или не делују у пуном обиму.<sup>1</sup> Разлози који налажу постојање ових ограничења су разноврсни: заштита конкуренције, заштита ефикасности тржишта, заштита одређених људских права и слобода (информисање, стваралаштво, комуникација, образовање итд.), и сл.

Ограничења ауторског права и патента представљају актуелну тему у теорији права интелектуалне својине, јер су препозната као најнационалнији коректив за постизање равнотеже коју смо напред поменули. Она је данас донекле поремећена, пре свега због неслућеног

1 Најмаркантнија правна карактеристика ових ограничења је то што је позивање на њих могуће само као одбрана од тужбе за повреду права. Другим речима, на њима није могуће засновати никакав тужбени захтев.

развоја комуникационо-информационе технологије која је урушила старе и отворила пут новим обрасцима понашања људи у свим друштвеним сферама. Верује се да се тај поремећај може донекле санирати повећањем или проширењем законом прописаних случајева у којима ауторско право или патент не делују уопште или не делују у пуном обиму.

Законодавац, међутим, нема потпуну слободу у нормирању ове материје јер су њени оквири постављени у међународним конвенцијама које је Србија ратификовала или чија правила поштује из политичких разлога иако им (још) није формално приступила. Циљ овог рада је да се, на основу анализе поменутих међународних конвенција, оцени у којој мери и на који начин је законодавац Србије искористио могућности адекватног обликовања ограничења ауторског права и патента.

С обзиром на сложеност материје и велики број разноврсних ограничења, предстојећа анализа изискује одређену селективност, односно сведеност на најрелевантније елементе којима се може подупрети главна теза овог рада: Србија је у овој материји своју законодавну активност свела на дословно усклађивање са прописима Европске уније, и у тој ревности понекад чини грешке које се могу приписати одсуству сопственог става, па чак и свести о улози коју ограничења права данас имају у области заштите интелектуалне својине.

## II Терминологија

Законодавци, како у иностранству, тако и у Србији, користе два термина за означавање онога што је предмет наше анализе: ограничења и изузеци. Будући да се то чини на релативно недоследан начин, није могуће једнозначно утврдити шта ти термини денотирају, односно у чему је њихова разлика. Једно схватање је да термин „ограничења“ означава законске норме којима се одређене врсте нематеријалних добара искључују из заштите, док се термин „изузеци“ односи на законске норме којима се утврђује имунитет од одговорности за повреду одређеног искључивог права.<sup>2</sup> По другом схватању, напротив, термин „изузетак“ би требало разумети као „најдаље досежућу рестрикцију која указује да се право више не примењује или не постоји у поједином случају који је у питању“, док термин „ограничење“ значи да се право сужава без губљења целе своје садржине.<sup>3</sup> Треће схватање каже да нема суштинске разлике у значењима ових термина, него да је термин „изузетак“

2 Sam Ricketson, „WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment“, *Document SCCR/9/7*, Genève, 2003, 3.

3 Jörg Reinbothe, Silke Von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright*, Oxford, 1996, 128.

ближи континенталној природноправној традицији која је фокусирана на права, док је термин „ограничења“ својственији утилитаријанском приступу *common law*-а.<sup>4</sup>

Из реченог је разумно закључити да је избор термина претежно ствар конвенције која не импликује правнополитички став. Дакле, оба термина се могу третирати као синоними који означавају границу искључивих имовинских овлашћења из субјективног ауторског права и патента. Из тога следи још један супстанцијални закључак: норме којима се поставља та граница нису хијерархијски нижег статуса од норми којима се прописују искључива овлашћења, те не подлежу обавези уског тумачења, као што иначе налаже максима *exceptiones non sunt extendendae*. Напротив, оне се тумаче као и све друге правне норме, тј. тако да постигну своју сврху.<sup>5</sup>

У даљем тексту ћемо користити термин „ограничења“.

### III Међународни правни извори у материји ограничења ауторског права и патента (хронолошки ред)

#### 1. Париска конвенција за заштиту индустријске својине (ПК)

ПК је закључена 1883. године у Паризу, а ревидирана је седам пута. Србија има континуитет чланства у овој конвенцији од њеног доношења до данас. ПК регулише материју патента, индустријског дизајна, жига, ознаке порекла и нелојалне конкуренције. Ширина регулисања је у обрнутој пропорцији према садржајности и детаљности регулисања, тако да ПК скоро уопште не улази у нормирање садржине појединих права.

Последично, ПК не садржи ни ограничења права, осим једног које је експлицитно дефинисано. Реч је о ограничењу патента, које постоји у случају коришћења производа у којем је инкорпорисан патентирани проналазак, на превозном средству које се нађе привремено/у транзиту на територији земље патента (чл. 5ter).

4 Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-step test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag 2004, доступно на адреси: <https://hdl.handle.net/11245/1.224623>, 20. 1. 2023, 22. Аутор тиме објашњава чињеницу да TRIPS у свом чл. 13 користи оба термина, како би демонстрирао равноправност обе правне традиције.

5 Annette Kur, „Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?“, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, Nr. 08-04, 2008: доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317707), 20. 1. 2023, 6, 8.

## 2. Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела (БК)

БК је закључена 1886. године у Берну, а ревидирана је седам пута, закључно са париском ревизијом 1979. године. Материја ограничења ауторског права је уређивана поступно, почев од изворног текста, све до стокхолмске ревизије 1971. Краљевина Југославија је приступила БК 1930. године. Србија, као правни наследник Југославије, прихватила је све доцније ревизије БК.<sup>6</sup>

Норме којима су уређена ограничења ауторског права могу се поделити у две групе: императивне и допуштајуће. Првима се намеће обавеза државама чланицама Париске уније да конкретно ограничење уграде у своје законодавство,<sup>7</sup> а другима се допушта да пропишу конкретно ограничење. Притом, нека ограничења су допуштена као комплетна суспензија одређених искључивих имовинских овлашћења,<sup>8</sup> а нека само под условом да закон пропише обавезу плаћања одређене накнаде аутору.<sup>9</sup>

Из данашње перспективе, најважнија одредба БК којом се ограничава ауторско право је она у чл. 9 ст. 2. Њоме се допушта државама чланицама Бернске уније да законом ограниче искључиво овлашћење на умножавање (репродуковање) ауторског дела у „извесним посебним случајевима“, и то само „под условом да ово репродуковање не иде на штету редовног коришћења дела и да не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора“. Занимљиво је да је она унесена тек у

---

6 Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75 и *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори, бр. 4/86 – уредба.

7 БК, чл. 10 ст. 1: „Допуштени су цитати узети из дела које је на законит начин већ постало доступно јавности, под условом да је то у складу с добрим обичајима и у мери оправданој циљем који се има постићи, подразумевајући ту и цитате из новинских чланака и повремених зборника у облику прегледа штампе.“ Ово је, заправо, једино императивно ограничење ауторског права.

8 Нпр. БК, чл. 10 ст. 2: „У погледу могућности да се на допуштен начин користе књижевна или уметничка дела за илустровање наставе путем објављивања, радиодифузних емитовања или звучних и визуелних снимања, уколико је ово коришћење оправдано циљем који се има постићи, меродавни су законодавство земаља Уније и посебни споразуми који постоје или који ће се закључити између њих с тим да такво коришћење буде у складу с добрим обичајима.“

9 Нпр. БК, чл. 11bis ст. 2: „Препушта се законодавствима земаља Уније да утврде услове под којима ће се вршити права наведена у ставу 1 овог члана, али ови услови ће бити строго ограничени на земље које их буду прописале. Они ни у ком случају не смеју повредити морално право аутора ни његово право на правичну накнаду коју ће, у недостатку споразума, утврдити надлежни орган.“ Реч је о ограничењу искључивог овлашћења на емитовање ауторског дела.

стокхолмску ревизију БК 1971. године, и да је везана само за искључиво овлашћење аутора на умножавање његовог дела (које је такође први пут на општи начин регулисано у стокхолмској ревизији). Како су закони већег броја држава чланица Бернске уније у том тренутку већ регулисали искључиво овлашћење на умножавање ауторског дела, као и ограничења тог овлашћења, одредба чл. 9 ст. 2 БК је заправо била компромисна формулација која је требало да обухвати та у националним законима постојећа ограничења, као и да одреди оквир за будућа.<sup>10</sup>

Услови под којима је ово ограничење допуштено колоквијално се називају „тест у три корака“ (енгл. – *three step test*), и постали су у новије време једна од централних тема ауторског права.

БК легализује још један тип ограничења ауторског права, иако се он не помиње у тексту конвенције. Реч је о малим, безначајним видовима коришћења ауторског дела, који се толеришу као допуштени, тј. који се не могу санкционисати као повреда ауторског права. Ти случајеви се означавају као „мала ограничења“ (енгл. – *minor reservations*). Колоквијално се користи и латински назив: *de minimis* ограничења. Она улазе у заоставштину БК преко Генералног (завршног) извештаја уз бриселску ревизију БК 1948.<sup>11</sup> Наиме, приликом те ревизије, у БК је први пут ушло извођење/представљање ауторског дела, као минимално искључиво овлашћење аутора (чл. 11). Притом, то овлашћење, као и његова ограничења, већ су постојали у националном законодавству једног броја држава чланица Бернске уније. Проблем је био како нормирати ограничења тог искључивог овлашћења, а да се притом: а) не изазове конфликт са ограничењима прописаним у националним законима,<sup>12</sup> и б) не пренагласи могућност будућих ограничења тог тек установљеног овлашћења, што би могло да подрије његову пуноћу и значај. Излаз је нађен у њиховом помињању у Генералном/завршном извештају са дипломатске конференције 1948. године, у којем се истиче „могућност доступна националном законодавцу да пропише оно што се обично зове малим ограничењима“. Примена тог *de minimis* правила је, у наставку истог документа, проширена са чл. 11 и на чл. 11bis, 11ter, 13 и 14 БК, чиме је обухваћено и искључиво овлашћење на емитовање ауторског дела.

10 Christophe Geiger, Daniel J. Gervais, Martin Senftleben, „Understanding the ‘three-step test’“, *International Intellectual Property* (ed. Daniel Gervais), Cheltenham, 2015, доступно на адреси: [https://www.researchgate.net/publication/298519957\\_Understanding\\_the\\_three-step\\_test](https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test), 20. 1. 2023, 167–168.

11 За детаље види S. Ricketson, 34–37.

12 Реч је о допуштености извођења/представљања ауторског дела углавном за потребе религиозних или војних церемонија, добротворних приредби, јавних забава поводом одређених фестивала или празника.

Будући да је Генерални/завршни извештај усвојен једногласно, данас је, на основу Бечке конвенције о праву међународних споразума (чл. 31, 32), општеприхваћено да је *de minimis* правило институт БК иако се не помиње и њеном тексту. С обзиром на хронологију дешавања, има основа да се ово правило сматра претходником „теста у три корака“.<sup>13</sup>

### 3. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)

TRIPS је закључен 1994. године у оквиру Светске трговинске организације и, заједно са Општим споразумом о трговини и царинама и Општим споразумом о трговини услугама, представља стуб правног поретка међународне трговине у глобализованом свету.

Као најамбициознији подухват међународног кодификовања права интелектуалне својине, TRIPS је, с једне стране, реafirмисао раније донесене конвенције (на првом месту ПК и БК)<sup>14</sup> и, с друге стране, релативно прецизним нормама попунио њихове празнине. Резултат тога била је и нужност регулисања ограничења права интелектуалне својине.

У TRIPS-у су изричито и врло екстензивно регулисана два ограничења патента. Једно је принудна лиценца (чл. 31), а друго је принудна лиценца за производњу и извоз фармацеутских производа (чл. 31bis). Уз то, TRIPS прописује и следеће у чл. 30: „Чланице могу одредити ограничене изузетке од искључивих права признатих патентом, под претпоставком да такви изузеци нису у неразумној супротности с нормалним искоришћавањем патента и неразумно не штете легитимним интересима носиоца патента, узимајући у обзир легитимне интересе трећих лица.“

Кад је реч о ограничењима ауторског права, TRIPS не познаје ниједно експлицитно ограничење, али у чл. 13 каже: „Чланице ће свети ограничења или изузетке од искључивих права на одређене посебне случајеве који нису у супротности с нормалним искоришћавањем дела и који не штете неразумно легитимним интересима носиоца права.“

Запазимо да је овде реч о варијантама „теста у три корака“ из БК.

Успут, TRIPS се на сличан начин осврће и на ограничења права заштите индустријског дизајна и жига, али то је изван предмета овог чланка.

---

13 М. Senftleben, 45.

14 Номотехнички гледано, то је учињено помоћу тзв. бланкетних норми. Чл. 2 ст. 1: „У погледу Глава II, III и IV овог Споразума, чланице су дужне да поштују чл. 1 до 12 и чл. 19 Париске конвенције (1967).“ Чл. 9 ст. 1: „Чланице су дужне да поштују чл. 1 до 21 Бернске конвенције и Анекс уз њу.“

#### 4. WIPO уговор о ауторском праву (WCT)

WCT је закључен 1996. године са циљем да међународно регулише одређена имовинска овлашћења аутора, која су дотад била нерегулисана у међународним актима. Пре свега, мисли се на искључиво овлашћење на свако јавно саопштавање ауторског дела жичним или бежичним путем, укључујући чињење тог дела доступним јавности на начин да појединац може приступити делу с места и у време које сам одабере (чл. 8). Овиме је WCT довео међународни оквир заштите ауторског права у склад са достигнућима дигиталне информационо-комуникационе технологије (интернет).

Нова искључива овлашћења захтевала су да се WCT изјасни и о њиховим могућим ограничењима. То је учињено у чл. 10. Први став овог члана гласи: „Уговорне стране могу у својим националним законодавствима да предвиде ограничења или изузетке (од) права признатих ауторима књижевних и уметничких дела на основу овог уговора, у одређеним посебним случајевима који нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем дела и који не наносе неосновано штету законитим интересима аутора.“ Други став гласи: „Уговорне стране ће, када примењују Бернску конвенцију, свести сва ограничења или изузећа од права која су у њој предвиђена на одређене посебне случајеве који нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем дела и не наносе неосновано штету законитим интересима аутора.“<sup>15</sup>

Запазимо и овде да WCT прописује једну варијанту „теста у три корака“ из БК и TRIPS-а. Дакле, овај „тест у три корака“ примењује се не само на „нова“ овлашћења из WCT, него и на она „стара“ из БК. Проблем је, међутим, то што су и „стара“ искључива овлашћења из БК (нпр. овлашћење на умножавање ауторског дела) са развојем дигиталне технологије добила нове појавне облике (електронско умножавање), па се поставило питање да ли за те нове облике старих овлашћења важе иста ограничења или не. Одговор на то питање дат је у Усаглашеној изјави уз чл. 10, која је саставни део WCT-а.<sup>16</sup> Поента је да су се стране

15 WCT реферише на искључива овлашћења из БК тако што је у свом чл. 1 прописао: а) WCT је посебан споразум у смислу члана 20 БК, б) ништа у овом уговору неће дерогирати постојеће обавезе које уговорне стране имају једна према другој на основу БК, в) уговорне стране се морају придржавати чланова 1 до 21 и анекса БК.

16 „Разуме се да одредба чл. 10 допушта уговорним странама да наставе и на одговарајући начин протегну у дигитално окружење ограничења и изузетке у њиховим националним законима, који су сматрани прихватљивим са становишта БК. Слично томе, ова одредба би требало да се разуме тако да допусти уговорним странама да обликују нове изузетке и ограничења која одговарају дигиталном окружењу.

Такође се разуме да чл. 10 ст. 2 нити умањује нити проширује обим примене ограничења и изузетака који су допуштени на основу БК.“



уговорнице сагласиле да се постојећа допуштена ограничења могу транспоновати и на дигитално окружење, као и да се могу уводити нова, ако је то целисходно у дигиталном окружењу.

## 5. Право Европске уније

У материји патентног права ЕУ постоји само један секундарни извор права који садржи ограничења о којима овде говоримо.<sup>17</sup> Насупрот томе, у материји ауторског и сродних права има више секундарних извора који таква ограничења садрже, укључујући и „тест у три корака“.<sup>18</sup> Без сумње, за нашу тему је најзначајнија Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године,<sup>19</sup> која је 2019. амандирана Директивом о ауторском и сродним правима на дигиталном јединственом тржишту.<sup>20</sup> Њен значај је у томе што у свом чл. 5 предвиђа листу од двадесет ограничења која државе чланице ЕУ могу по свом избору да уграде у национално законодавство, уз поштовање „теста у три корака“. Није чудо да ова слобода избора, која је остављена државама чланицама, није довела до задовољавајућег степена хармонизације националних прописа о ограничењима ауторског и сродних права.<sup>21</sup>

17 Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака (98/44/EC) из 1998. која прописује посебна правила за исцрпљење права и за тзв. укрштenu принудну лиценцу (*Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*, OJ L 213, 30. 7. 1998).

18 Директива о правној заштити рачунарских програма (9/24/EC) из 2009 (*Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance)*, OJ L 111, 5. 5. 2009); Директива о праву закупа, позајмице и одређеним правима сродним ауторском праву у области права интелектуале својине (2006/15/EC) (*Commission Directive 2006/15/EC of 7 February 2006 establishing a second list of indicative occupational exposure limit values in implementation of Council Directive 98/24/EC and amending Directives 91/322/EEC and 2000/39/EC (Text with EEA relevance)*, OJ L 38, 9. 2. 2006); Директива о правној заштити база података (96/9/EC) (*Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases*, OJ L 77, 27. 3. 1996).

19 Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, OJ L 167, 22.6.2001).

20 Директива о ауторском и сродним правима на дигиталном јединственом тржишту 2019/790/EU (*Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC*, OJ L 130, 17. 5. 2019).

21 Врло критички о томе Lucie Guibault, „Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation – The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC“, *Journal*

## IV „Тест у три корака“

### 1. Ширење обима примене и варирање формулације

Ако се занемаре ограничења која су у поменутиим међународним изворима дефинисана као обавезна, „тест у три корака“ представља оквир у којем се морају кретати остала ограничења која национални законодавци прописују по свом нахођењу. Међу њима има ограничења чији модел већ постоји у међународном праву, као и оних која се обликују без узора у међународним прописима.

Из претходно изложених међународних конвенција се види метаморфоза улоге и садржаја „теста у три корака“. У Бернској конвенцији, његова улога је била да државама чланицама пружи обавезујућу инструкцију за обликовање ограничења само једног искључивог овлашћења аутора – овлашћења на умножавање ауторског дела. Реч је о инструкцији која треба да обезбеди да национални законодавац не оде предалеко у ограничавању овог искључивог овлашћења, и лиши га на тај начин његове супстанце и смисла. TRIPS је преузео „тест у три корака“, проширивши његову улогу и домаћај: а) са ауторског права на патентно право и право заштите индустријског дизајна, и б) са једног овлашћења на сва овлашћења у оквиру ових субјективних права. WCT је, за потребе ауторског права, преузео концепт из TRIPS-а, по којем се „тест у три корака“ примењује на ограничења било којег искључивог имовинског овлашћења, уз нагласак на овлашћењима која имају посебан значај у добу дигиталне информационо-комуникационе технологије.

У вези са изложеним ширењем поља примене „теста у три корака“ морамо скренути пажњу на неколико могућих питања. Прво питање везано је за околност да TRIPS и WCT представљају „посебне аранжмане“ у смислу чл. 20 БК.<sup>22</sup> Та околност има за последицу да се путем TRIPS-а и WCT-а не смеју сужавати права аутора, која су утврђена у БК. С тим у вези, питање је да ли „тест у три корака“ из TRIPS-а и WCT-а подразумева допуштено ограничавање и оних минималних права за која БК није прописала могућност ограничења.<sup>23</sup> Одговор је свакако негативан, јер се једино тако може спречити да аутор дође у

*of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, 55 и даље.

22 БК, чл. 20: „Владе земаља Уније задржавају себи право да приступе склапању посебних аранжмана уколико би се овим аранжманима ауторима дала шира права од оних која су им призната Конвенцијом или уколико би они садржавали друге одредбе које нису у супротности са овом конвенцијом. Одредбе постојећих аранжмана које одговарају горе наведеним условима остају у важности.“

23 На пример, БК, чл. 11 ст. 1: „Аутори драмских, драмско-музичких и музичких дела уживају искључиво право да дају одобрење: 1) за јавно приказивање и извођење својих дела, подразумевајући јавна приказивања и извођења свим средствима или

ситуацију да има мања права на основу TRIPS-а или WCT-а него на основу БК. Следеће питање је да ли се „тест у три корака“, како је прописан у TRIPS-у, примењује и на она ограничења права аутора из БК, код којих су постављени посебни услови. Одговор је негативан, јер би кумулацијом услова за ограничење права, слобода националног законодавца приликом прописивања тих ограничења била додатно сужена. Наредно питање тиче се статуса тзв. малих ограничења (енгл. – *minor reservations*) из БК (види 3.2. горе) у светлу проширења поља примене „теста у три корака“ на сва допуштена ограничења из БК. Да подсетимо, иако нису експлицитно наведена у тексту БК, мала ограничења јесу део *acquis*-а БК, што чини ово питање умесним. Одговор је позитиван, што није тешко закључити. Тај одговор, међутим, захтева једну битну ограду: није допуштено да национални законодавац, на основу TRIPS-а и WCT-а, уводи нова мала ограничења (иако су она подложна „тесту у три корака“), ако би се она односила на минимална права за која БК није прописала могућност ограничења.<sup>24</sup> Коначно, питање је да ли се „тест у три корака“ примењује и на она ограничења ауторског права, која лишавају аутора могућности да другоме забрани коришћење дела, али га овлашћују на потраживање накнаде за то коришћење.<sup>25</sup> На то не постоји једнозначан одговор. Једно се, ипак, може рећи: кад би се „тест у три корака“ примењивао на та ограничења, она би најчешће прошла тест, будући да новчана компензација за ограничење права *per se* сугерише да ограничење не прелази разумне оквире прописане тестом.

„Тест у три корака“ претрпео је и садржинску метаморфозу. Наиме, формулација овог теста није иста у БК, TRIPS-у и WCT-у. Свака потоња итерација укључује понеку модификацију. Примера ради, за разлику од БК која говори о „посебним“ случајевима, TRIPS говори о „ограниченим“ случајевима у којима су ограничења допуштена. Затим, док БК говори о ауторима, TRIPS говори о „носиоцима права“ чији интереси морају бити заштићени. Коначно, док БК каже да је ограничење права допуштено само ако „не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора“, TRIPS додаје да притом треба узимати у обзир и „легитимне интересе трећих лица“ (додуше, само ако је реч о патентима). WCT се, у основи, држи верзије „теста у три корака“ из БК.<sup>26</sup>

---

поступцима, 2) за јавно преношење свим средствима приказивања и извођења својих дела.“

24 Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London 1998, 89 (наведено према P. Bernt Hugenholtz, Ruth L. Okediji, „Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright – Final Report“, 2008, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2017629](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629), 20. 1. 2023, 20).

25 Закон о ауторском и сродним правима Србије зове ту врсту ограничења „законска лиценца“.

26 Овом приликом занемарујемо нијансе које се појављују у преводима ових докумената на српски (нпр. легитиман/законит и сл.).

Поменуते варијанте формулације теста траже одређена објашњења. Будући да је TRIPS трговински споразум који се бави искључиво имовинским овлашћењима из субјективних права интелектуалне својине, логично је да је, са аспекта материје коју регулише, небитно да ли се ради о аутору, односно проналазачу или о његовом правном следбенику. Зато TRIPS говори о носиоцу права. Увођењем „леgitимних интереса трећих лица“ у оцену допуштености ограничења патента, TRIPS експлицира оно што се подразумева: ограничење права мора бити разуман компромис између интереса носиоца права и трећих лица. Зашто TRIPS није употребио исту формулацију „теста у три корака“ који се односи на ауторско право, остаје нејасно. Коначно, кад регулише ограничења патента, TRIPS говори о „ограниченим“ случајевима, док у вези са ауторскоправним ограничењима говори о „одређеним посебним“ случајевима. Разлог за ово такође остаје нејасан.

Ради предупређења могућих неспоразума, истакнимо и ово: ограничења ауторског права и патента, у вези са којима налази примену „тест у три корака“, сасвим су одвојена од могућих ограничења која проистичу из других закона који уређују заштиту јавног поретка, заштиту конкуренције, заштиту података и сл. Другим речима, „тест у три корака“ налази примену само код оних ограничења која произлазе из права интелектуалне својине.<sup>27</sup> Свако другачије решење би подразумевало постојање хијерархије правних грана (нпр. ауторско право има примат над правом конкуренције), што свакако није случај.

## 2. Садржина „теста у три корака“

Будући да је TRIPS уздигао „тест у три корака“ у статус општеприхваћеног међународног стандарда за оцену допуштености ограничења права интелектуалне својине, посебну важност за његово тумачење имају одлуке три панела Светске трговинске организације, који су одлучивали у споровима због повреда TRIPS-а, везаних за законско нормирање ограничења патента,<sup>28</sup> ауторског права<sup>29</sup> и жига.<sup>30</sup> Спорови су вођени против Канаде, САД и ЕУ. Ове одлуке су биле предмет

27 Ограничења која произлазе из права интелектуалне својине могу, наравно, водити рачуна о јавном интересу, слободи конкуренције и др., али се тим ограничењима не примењују норме закона који уређују ту материју.

28 Поступак вођен против Канаде окончан је 2000. године (вид. WTO Document WT/DS114/R).

29 Поступак вођен против САД окончан је 2000. године (вид. WTO Document WT/DS160/R).

30 Поступак вођен против ЕУ окончан је 2005. године (вид. WTO Document WT/DS174/R).

теоријског интересовања и критичке анализе.<sup>31</sup> Сврха овог рада не тражи детаљно упуштање у чињенично стање и правно резонување у поменутиим одлукама, него је оријентисана ка синтези реакција које су те одлуке изазвале у теорији. Из разумљивих разлога занемарићемо проблематику ограничења жига. Почнимо са прегледом ставова из одлука поменутих панела.

Кад је реч о првом кораку, тј. услову, неспорно је да он тражи да ограничење буде, ради правне сигурности, прецизно одређено, и то на узак начин, како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу. Једноставно речено, допуштена су само мала умањења искључивих имовинских овлашћења носиоца ауторског права или патента. Рестриктивност у дефинисању ограничења потенцира његову субординираност у односу на правило, тј. на искључиво имовинско овлашћење које је предмет ограничења. Занимљиво је, међутим, да ово тумачење начелно не искључује ограничења која су у англосаксонском праву позната под именом *fair use*, чије главне карактеристике чине широка дефиниција у закону и креативна судска пракса.<sup>32</sup>

Други корак, тј. услов тражи да ограничење не буде у (неразумној) супротности са нормалним коришћењем предмета заштите. Нормално коришћење предмета заштите подразумева све постојеће и евентуално будуће начине коришћења, који носиоцу права доносе или вероватно могу донети опишљиву материјалну корист. Притом, не мисли се на максималну материјалну добит, јер би у том случају било немогуће испунити овај услов из „теста у три корака“. Остаје питање која и колика материјална добит је искључена из концепта нормалног коришћења предмета заштите. Свака спекулација на тему одговора на ово питање отвара даља питања. На пример, могуће је рећи да су то приходи од оних начина коришћења из којих (ради баланса релевантних интереса)

---

31 Види нпр. Martin Senftleben, „Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 37/2006, доступно на адреси: [https://www.researchgate.net/publication/228121882\\_Towards\\_a\\_Horizontal\\_Standard\\_for\\_Limiting\\_Intellectual\\_Property\\_Rights\\_WTO\\_Panel\\_Reports\\_Shed\\_Light\\_on\\_the\\_Three-Step\\_Test\\_in\\_Copyright\\_Law\\_and\\_Related\\_Tests\\_in\\_Patent\\_and\\_Trademark\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228121882_Towards_a_Horizontal_Standard_for_Limiting_Intellectual_Property_Rights_WTO_Panel_Reports_Shed_Light_on_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law_and_Related_Tests_in_Patent_and_Trademark_Law), 20. 2. 2023, 407 и даље.

32 WTO документ WT/DS160/R § 6.108 каже: „... нема потребе да се изричито идентификује свака могућа ситуација на коју би се ограничење могло применити, уколико је обим ограничења познат и посебан. То гарантује довољан степен правне сигурности.“ Овде је реч о једном крајње благонаклоном схватању компатибилности система *fair use* са логиком ограничења права интелектуалне својине која постоји у међународним изворима права. То није чудно, јер су САД *de facto* покровитељ TRIPS-а.

носилац права **не би требало** да остварује материјалну корист. Тај став отвара правнополитичка питања која нису тема у оквиру овог услова. Могуће је, такође, рећи да су то приходи који превазилазе меру која је неопходна да би ауторско право, односно патент испунили своју сврху економског подстицаја за стваралаштво. Овај став отвара питање да ли се приликом оцене допуштености одређеног ограничења права узимају у обзир материјалне користи од свих имовинских овлашћења, или само од оног које је предмет ограничења. Панел у предмету који се односио на ауторско право стаје на становиште да супротност са нормалним коришћењем предмета заштите постоји кад начини коришћења у оквиру конкретног имовинског овлашћења које је предмет ограничења, постају економска конкуренција начинима на које носиоци права нормално црпу економску вредност из тог овлашћења.<sup>33</sup>

Трећи корак, односно услов из „теста у три корака“ тражи да ограничење права буде у оквирима који се могу оправдати, који су разумни и сразмерни кад се посматрају у светлу вагања легитимних интереса носиоца права и трећих лица. Овај услов отвара врата за правнополитичка разматрања, за која углавном нема места код претходна два услова. Другим речима, њиме се отвара питање шта се конкретним ограничењем права жели постићи, па се из угла значаја тог циља сагледава и оцењује прихватљивост штете која ограничењем настаје на страни носиоца права.

Тумачење „теста у три корака“, које су дали панели Светске трговинске организације, није последња реч о овом питању, јер је тест формулисан довољно апстрактно да омогућава померање тежишта у његовој улози и значењу, зависно од промењених околности које су последица технолошког развоја, нових модела пословања, глобализације и др.<sup>34</sup>

Најопштије запажање је да се „тест у три корака“ 1971. године уклопио у БК која је наглашено усмерена на заштиту аутора, што је сасвим логично, имајући у виду шта је био циљ њеног доношења (успостављање националног третмана странаца и утврђење одређених минималних ауторскоправних овлашћења). Отуда је смисао теста био виђен као брана од претераних ограничења искључивих овлашћења аутора, које би државе чланице могле прописати. Последично, успостављено је схватање које и данас постоји у уџбеницима, по којем „тест у три корака“ мора да се тумачи рестриктивно јер ограничења на која се он односи имају статус изузетака у односу на правило да носилац права има целовита искључива овлашћења. Дакле, у време формирања међународног ауторског права, акценат је био на правима и њиховом проширењу, док

33 WTO Document WT/DS160/R, § 6.183.

34 C. Geiger, D. Gervais, M. Senftleben, 189.

су ограничења сматрана изузетним компромисом са јавним интересом, чему су погодивале доктрине о ауторском праву као облику својине, природном праву и сл. Захваљујући променама у условима живота, које су наступиле у последњим деценијама, „тест у три корака“ почиње да се сагледава кроз другачију оптику. Људи се враћају питању смисла и сврхе права интелектуалне својине, и откривају да оно не постоји због аутора и проналазача него је ту због јавног интереса да се унапређује културно и техничко стваралаштво заједнице и на тај начин побољшава квалитет живота.<sup>35</sup>

Тако долази до афирмације тзв. утилитаристичке доктрине права интелектуалне својине, која посматра искључива права и јавни интерес као повезане ствари које се међусобно условљавају и допуњују. Овакво сагледавање ствари значајно мења и приступ „тесту у три корака“.

На првом месту, „тест у три корака“ у помињаним међународним изворима права представља **инструкцију за законодавца** у државама чланицама. Суштина те инструкције је како да национални законодавац обликује будућа ограничења, а не како да судови тумаче постојећа ограничења. Формулисање искључивих права, као и формулисање њихових ограничења чини део процеса успостављања равнотеже релевантних интереса, која је подобна да реализује јавни интерес. Отуда, „тест у три корака“ није само лимитатор ерозије искључивих права интелектуалне својине, него је норма која овлашћује законодавца да кроз ограничења права успоставља поменуту равнотежу.<sup>36</sup>

На изложеној основи могуће су различите интерпретације „теста у три корака“, са новим акцентима и конструктивнијом логиком. Савсим практично говорећи, могуће је проблематизовање општепознатог става да услови (кораци) из теста морају бити **кумулятивно** испуњени да би одређено ограничење права било допуштено. Идући у анализи редом којим су услови у тесту формулисани, тест је негативан кад се наиђе на први услов који није испуњен. То доводи до тога да, по правилу, неиспуњење једног од прва два услова који су у основи квантитативне природе, чини излишним испитивање трећег услова који се тиче правнополитичке материје. Има логике у ставу да би трећи услов морао да се анализира на првом месту, јер јаки правнополитички разлози у

---

35 Парадоксално, најстарија правна акта у овој материји истичу управо интерес заједнице као крајњи смисао и циљ интелектуалне својине, док интерес ствараоца третирају као средство за њихово постизање. Устав САД из 1787. овлашћује Конгрес да „унапређује напредак науке и корисних вештина обезбеђујући на одређено време ауторима и проналазачима искључива права на њихова дела и проналаске“. Исто тако, први закон о ауторском праву, енглески Закон краљице Ане из 1710. године званично се звао „Закон о подстицању учења...“.

36 P. Bernt Hugenholtz, R. L. Okediji, 25.

прилог конкретног ограничења права, могу утицати на оцену квантитативних критеријума из прва два услова.<sup>37</sup> Још више логике има у ставу, да сва три корака морају бити посматрана као целина, а тест ће, у сваком конкретном случају, бити позитиван или негативан зависно од укупне оцене сва три услова.<sup>38</sup>

Из претходног става произлази једна важна последица: „тест у три корака“ је заправо тест пропорционалности између јавног интереса који се конкретним ограничењем права жели постићи, и штете коју носилац права мора због тога да претрпи. Што је јавни интерес већи и важнији, носилац права мора претрпети већу штету. Штета за носиоца права, коју „тест у три корака“ допушта, не сме прећи границу иза које његово искључиво право престаје да буде у функцији економског подстицаја стваралаштва и постаје *nudum ius* у економском смислу.<sup>39</sup>

То нас води закључној констатацији да се традиционални формалистички приступ „тесту у три корака“, оличен у изреци *exceptiones non sunt extendendae*, трансформише у приступ по којем је улога теста да обезбеди да се циљеви правне политике обезбеђују на начин који наноси најмању могућу штету носиоцу права.

## V Рецепција „теста у три корака“ у праву ЕУ и праву Србије

Напред су већ поменуте директиве ЕУ у које је транспонован „тест у три корака“. Узмимо за пример Директиву о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године. Директива у чл. 5 овлашћује државе чланице да својим националним прописима предвиде одређени низ ограничења појединих искључивих имовинских овлашћења аутора/ носиоца ауторског права, водећи притом рачуна о „тесту у три корака“, који мора бити поштован.

Као што је већ речено, од БК па преко TRIPS-а до WCT-а, „тест у три корака“ је обавезујућа инструкција за националног законодавца кад прописује ограничења искључивих права. Будући да је ЕУ Директива, по својој природи, такође обавезујућа инструкција националном законодавцу како да обликује домаће прописе, „тест у три корака“ је и ту (бар

37 Christophe Geiger, „Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment“, *Computer Law Review International*, 2005, 12.

38 Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan Griffiths, Uma Suthersanen, „Declaration A Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ In Copyright Law“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, доступно на адреси: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/01\\_balanced/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_english1.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_english1.pdf), 20. 1. 2023, 119.

39 A. Kur, 41.



формално) задржао своју изворну улогу. Ипак, немогуће је превидети следеће: таксативно набрајање (на концизан и прецизан начин) допуштених ограничења ауторског и сродних права у Директиви практично не оставља простор националним законодавцима да „имплементирају“ та ограничења тако што ће било шта променити у формулацији или обиму ограничења, да не говоримо о стварној примени „теста у три корака“. То нас води закључку да је изворна улога „теста у три корака“ нарушена. Практично гледано, он се у Директиви претворио у тест да ли ће национални законодавац уопште укључити одређено ограничење из Директиве у закон, или неће.

Текући процес хармонизације прописа Србије из ове области са прописима ЕУ довео је до тога да је улога „теста у три корака“ значајно промењена. Закон о ауторском и сродним правима Србије (ЗАСП)<sup>40</sup> започиње велико поглавље „Ограничења ауторског права“ заједничком одредбом чл. 41 ст. 2 која каже: „У сваком конкретном случају, обим ограничења искључивих права не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела, нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора, односно носиоца права.“ Затим следи низ чланова Закона, у којима се дефинишу ограничења ауторског права. Слично томе, Закон о патентима Србије (даље: ЗОПАТ)<sup>41</sup> започиње поглавље „Ограничења права“ чланом 21 чији ст. 2 гласи: „Одредбе из става 1 овог члана примењују се само у случају да нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем патента или малог патента и да прекомерно не утичу на легитимне интересе носиоца права, узимајући у обзир и легитимне интересе трећих лица.“ Затим следе други чланови којима се уређују различити облици ограничења патента.

Одмах пада у очи да је код нашег законодавца „тест у три корака“ добио улогу правне норме која представља обавезујућу инструкцију за субјекте који примењују право (суд). Последице тога су прилично збуњујуће.

Пођимо од ЗАСП-а. Примена било којег ограничења које је ЗАСП предвидео, захтева да се конкретни случај анализира из угла „теста у три корака“ да би се обим ограничења држао у оквиру који није у супротности са нормалним искоришћавањем дела нити неразумно вређа легитимне интересе аутора, односно носиоца права. Исход те анализе може ићи од тога да нема препрека за примену ограничења права, до тога да је примена ограничења недопустива. Средња могућност је да

---

40 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019.

41 Закон о патентима – ЗОПАТ, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон, 95/2018, 66/2019 и 123/2021.

је примена ограничења права допуштена само под условом да се обим ограничења толико сузи, да ограничење губи смисао и не може постићи свој циљ.

У правосуђу и правничкој јавности Србије не постоји свест о томе да је овај начин нормирања „теста у три корака“ потенцијални извор проблема код сваке примене ограничења ауторског права, јер аутор/носилац ауторског права увек може да се позива да услови теста нису испуњени у конкретном случају. Хипотетички, уколико ти услови нису испуњени, суд би требало да може да забрани примену одређеног ограничења у конкретном случају, или да његов обим сведе на меру која му одузима смисао. Није вероватно да суд то може, а још је мање вероватно да суд то уме.

Надаље, законска обавеза провере испуњености услова из „теста у три корака“ односи се и на ограничење предвиђено у чл. 49 ЗАСП-а, по којем је свакоме допуштено да, у виду цитата, умножава или на други начин јавно саопштава одломке из туђих ауторских дела.<sup>42</sup> Наш законодавац је занемарио чињеницу да је ово ограничење на изричит начин уређено још у БК, те да оно није подложно „тесту у три корака“ нити од стране законодавца, а још мање од стране националних судских и управних органа.

Конечно, према ЗАСП-у је потребно да се свака конкретна примена ограничења права у виду „законске лиценце“, подвргне „тесту у три корака“. Кад би суд био доведен у ситуацију да одлучује у спору између аутора/ носиоца права и лица које користи ауторско дело на основу законске лиценце, кључно питање висине накнаде би одлучивало о томе да ли је то ограничење, у конкретном случају, допуштено или није. Тешко је замислити да је то била интенција законодавца. Наиме, законска лиценца свакако овлашћује треће лице да користи предмет заштите, док обавеза плаћања накнаде представља законску облигацију, а не услов за коришћење.

Кад је реч о патентима, ЗОПАТ има другачију технику. Он је прописао да се „тест у три корака“ има применити само на три ограничења

42 „Дозвољено је без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде умножавање, као и други облици јавно саопштавања кратких одломака ауторског дела (право цитирања), односно појединачних кратких ауторских дела, под следећим условима:

- 1) да је дело објављено;
- 2) да се поменути делови, односно кратка дела, без измена, интегришу у друго дело ако је то неопходно ради илустрације, потврде или референце, уз јасну назнаку да је реч о цитату и у складу са добрим обичајима;
- 3) да се на погодном месту наведе ко је аутор цитираног дела, који је наслов цитираног дела, када је и где је цитирано дело објављено, односно издато, уколико су ти подаци познати.“

патента,<sup>43</sup> док су сва остала ограничења изван домета теста. Ово је свакако мудрије решење од оног које постоји у ЗАСП-у, мада су оба погрешна.

Исправно схватање „теста у три корака“ подразумева да њему уопште није место у закону којим су прописана ограничења ауторског права, односно патента. Наиме, БК, TRIPS и WCT, као међународни споразуми који су овом тесту дали значај међународног правног стандарда, обавезују **законодавну власт** држава чланица. Дакле, национални законодавац је дужан да примени „тест у три корака“ кад доноси законе којима прописује ограничења искључивих права интелектуалне својине, а не да остави грађанском суду да проверава да ли је конкретна примена одређеног ограничења допуштена или није.

Део објашњења за ове номотехничке пропусте са непредвидљивим последицама може се наћи у техници трансплантације прописа ЕУ у домаће законе. Пошто се усклађеност домаћих прописа и прописа ЕУ проверава формалистички, упоређивањем текстова, а не упоређивањем смисла норми, успоставила се пракса преписивања одредби из директива ЕУ у домаће законе и подзаконска акта. За такву праксу су претежно одговорни чиновници ЕУ, а мање домаћи законодавац.

За сада, једини практични учинак интегрисања „теста у три корака“ у ЗАСП и ЗОПАТ јесте што се тиме потенцира традиционална и већ превазиђена концепција ограничења права као изузетка који се мора уско тумачити и рестиктивно примењивати. Као што смо показали у овом раду, модернија схватања залажу се за „тест у три корака“ као најфлексибилнији, најцелисходнији и најпрактичнији законодавни инструмент за обезбеђење равнотеже између искључивих права на предмету заштите, с једне, и слободе јавности да приступи предмету заштите и користи га, с друге стране.

---

43 „1) Примена проналаска или употреба производа израђеног према проналаску у личне и некомерцијалне сврхе;

- 2) Радње које се предузимају ради истраживања и развоја које се односе на предмет заштићеног проналаска, укључујући радње потребне за добијање дозволе за стављање у промет производа који је лек намењен људима или животињама или медицински производ или средства за заштиту биља дефинисана законом којим се уређују средства за заштиту биља;
- 3) Непосредна и појединачна припрема лека у апотекама на основу појединачног лекарског рецепта и на стављање у промет тако припремљеног лека.“

## VI Закључак

Нове технологије, нови начини комуницирања, нови модели пословања и глобализација трговине довели су до потребе преиспитивања и унапређивања прописа из области заштите интелектуалне својине. Циљ тих промена је да се, у новим околностима, успостави равнотежа између искључивих права интелектуалне својине (преко којих право интелектуалне својине остварује своју мисију економског подстицаја стваралаштва) и слободе јавности да приступи предметима заштите и да их користи. Међу многим инструментима који служе тој сврси, законска ограничења субјективних права интелектуалне својине су препозната као најефикаснији.

Поред ретких ограничења која национални законодавац мора *telle quelle* преузети из међународних конвенција, прописивање највећег броја ограничења је у дискреционој власти националног законодавца који води рачуна о домаћим приликама и потребама. Притом, он има обавезу да претходно провери да ли планирано законско ограничење права испуњава услове из „теста у три корака“, који је данас универзални међународни правни стандард за допуштеност ограничења права интелектуалне својине.

Традиционална улога „теста у три корака“ била је да спречи законодавца да претера у ограничавању права (овде је било речи само о ауторском праву и патенту), што је водило схватању да је свако ограничење изузетак у односу на искључиво право које се сматра правом. Следствено томе, ограничења карактерише рестриктивност, како у фази њиховог законског регулисања, тако и у фази примене.

Новија схватања, међутим, потенцирају флексибилност „теста у три корака“ као основу његовог потенцијала да служи као ефикасан инструмент усклађивања интереса носиоца права и јавности, ради реализације јавног интереса који је у основи заштите интелектуалне својине – подстицање стваралаштва, унапређење развоја, друштвено благостање. Највеће новине у том приступу су: а) услови из теста се процењују у међусобној повезаности, а не одвојено, и б) начело рестриктивности које још увек доминантно одређује природу теста, замењује се начелима целисходности и пропорционалности.

Интеграција „теста у три корака“ у домаће прописе учињена је погрешно, јер је изостало разумевање смисла тог института. Без обзира да ли се схвата на традиционалан или модеран начин, овај тест је међународноправна инструкција за законодавца да по њему обликује законску норму којом прописује одређена ограничења права. Наш

законодавац је, међутим, уградио „тест у три корака“ у текст ЗАСП-а и ЗОПАТ-а, претворивши га у инструкцију за одлучивање грађанских судова у споровима због примене одређеног ограничења права у конкретном случају. Домаћа правничка јавност не показује свест о могућим последицама овог законодавног решења.

Део објашњења за овај пропуст може се наћи у процесу хармонизације домаћег права са правом ЕУ, јер је „тест у три корака“ уграђен у Директиве ЕУ, које се скоро дословно транспонују у наше законе.

*De lege ferenda*, решење овог проблема је у брисању „теста у три корака“ из законских текстова Србије.

### Коришћена литература

Geiger Christophe, „Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment“, *Computer Law Review International*, 2005.

Geiger Christophe, Gervais Daniel J., Senftleben Martin, „Understanding the ‘three-step test‘“, *International Intellectual Property* (ed. Daniel Gervais), Cheltenham, 2015, доступно на адреси: [https://www.researchgate.net/publication/298519957\\_Understanding\\_the\\_three-step\\_test](https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test), 20. 1. 2023.

Geiger Christophe, Hilty Reto, Griffiths Jonathan, Suthersanen Uma, „Declaration A Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ In Copyright Law“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, доступно на адреси: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung\\_aktuell/01\\_balanced/declaration\\_three\\_step\\_test\\_final\\_english1.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_english1.pdf), 20. 1. 2023.

Gervais Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London 1998, 89 (наведено према Р. Bernt Hugenholtz, Ruth L. Okediji, „Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright – Final Report“, 2008, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2017629](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629), 20. 1. 2023.

Guibault Lucie, „Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation – The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010.

Kur Annette, „Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?“, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, Nr. 08–04, 2008; доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317707), 20. 1. 2023.

- Reinbothe Jörg, Von Lewinski Silke, *The WIPO Treaties on Copyright*, Oxford, 1996.
- Ricketson Sam, „WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment“, *Document SCCR/9/7*, Genève, 2003.
- Senftleben Martin, „Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 37/2006, доступно на адреси: [https://www.researchgate.net/publication/228121882\\_Towards\\_a\\_Horizontal\\_Standard\\_for\\_Limiting\\_Intellectual\\_Property\\_Rights\\_WTO\\_Panel\\_Reports\\_Shed\\_Light\\_on\\_the\\_Three-Step\\_Test\\_in\\_Copyright\\_Law\\_and\\_Related\\_Tests\\_in\\_Patent\\_and\\_Trademark\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228121882_Towards_a_Horizontal_Standard_for_Limiting_Intellectual_Property_Rights_WTO_Panel_Reports_Shed_Light_on_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law_and_Related_Tests_in_Patent_and_Trademark_Law), 20. 2. 2023.
- Senftleben Martin, *Copyright, Limitations and the Three-step test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag 2004, доступно на адреси: <https://hdl.handle.net/11245/1.224623>, 20. 1. 2023.

**Slobodan M. MARKOVIĆ, PhD**

**Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia**

## **STATUS OF STATUTORY LIMITATIONS OF COPYRIGHT AND PATENT IN INTERNATIONAL AND SERBIAN LAW**

### **Summary**

*The focus of the work is on the confrontation of the traditional (de lege lata) and modern (de lege ferenda) concepts of the “three-step test”, which shows that the traditional principle of restrictiveness in the regulation of the limitation of rights gives way to the principles of purposefulness and proportionality. This enables this test to become a flexible and effective tool for adjusting the balance of relevant interests in the protection of intellectual property, in order to achieve the public interest – the improvement of creativity, development and community welfare.*

*The “three-step test” is, by its very nature, an instructive international legal norm addressed to the national legislator who prescribes the limitations of rights. In Serbia, this test was incorporated into the text of Law on Copyright and Related Rights and Law on Patents, which gave it the nature of a national legal norm that binds entities that apply the law. Considering the causes and consequences of this unusual phenomenon, the author criticizes the technique of harmonizing domestic law with EU law, where the emphasis is on the criterion of text matching, and not on the substantive integration of EU norms into the domestic legal order.*

**Key words:** *Limitation of Rights. – Copyright. – Patent. – A Three-step Test. – TRIPS.*

Датум пријема рада: 5. 4. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.