

Marketing via WhatsApp:

tra opportunità commerciali e adempimenti privacy

INDICE

- 01** Il consenso preventivo: un requisito imprescindibile
- 02** L'esclusione del legittimo interesse
- 03** Soft spam e comunicazioni di servizio
- 04** Elenchi pubblici e limitazioni normative
- 05** I rischi per l'impresa in caso di non conformità dell'attività
- 06** Le misure organizzative per un'attività conforme



01 *Il consenso preventivo: un requisito imprescindibile*

WhatsApp e le applicazioni di messaggistica istantanea sono ormai uno strumento ordinario di contatto commerciale. Non sorprende che molte imprese stiano valutando di costruire liste di contatti (mailing list) utilizzando come base-dati elenchi telefonici, directory di categoria, siti web, profili social o piattaforme di data broker, con l'obiettivo di inviare comunicazioni promozionali a potenziali clienti.

L'informalità percepita del canale non ne modifica però la qualificazione giuridica: ai fini della normativa privacy, WhatsApp è un mezzo di comunicazione elettronica come l'SMS e la posta elettronica. Pertanto, come più volte ribadito dall'Autorità Garante della Privacy, l'invio di comunicazioni per scopi promozionali e commerciali veicolate tramite mezzi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico è subordinato al **consenso preventivo** del destinatario ai sensi dell'art. 6 GDPR (**regime di opt-in**).

02 *L'esclusione del legittimo interesse*

Il consenso costituisce quindi l'**unico presupposto** ammissibile per l'invio di comunicazioni di carattere commerciale e promozionale a soggetti che non sono già clienti, dovendosi invece escludere tutte le altre basi giuridiche previste dal GDPR. Il **legittimo interesse** di cui all'art. 6, par. 1, lett. f) GDPR **non** è dunque invocabile.

In più occasioni, infatti, il Garante Privacy ha ritenuto non applicabile la base giuridica del legittimo interesse all'attività promozionale effettuata a mezzo posta elettronica nei confronti di dati di contatto estratti da elenchi pubblici, in quanto **non possono ravvisarsi le condizioni per la sua operatività, quali una pregressa e costante interazione positiva fra titolare e cliente che dunque possa ragionevolmente aspettarsi di ricevere comunicazioni promozionali**.

Il legittimo interesse non potrebbe essere invocato neppure per l'invio a potenziali clienti di messaggi informativi su eventi aperti al pubblico (ad es. l'inaugurazione di un negozio): anche in questo caso, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. f) GDPR e del Considerando 47 GDPR, è del tutto assente **la ragionevole aspettativa del destinatario. Tali soggetti, quali potenziali clienti, non hanno una relazione con il titolare e non si aspettano di essere contattati per finalità commerciali**. Pertanto, il test del bilanciamento degli interessi (LIA), il cui svolgimento è richiesto dalla normativa privacy e dalle Linee Guida dell'EDPB sul legittimo interesse, non avrebbe ragionevolmente esito positivo.

03 *Soft spam e comunicazioni di servizio*

In **manca**za di una **relazione contrattuale preesistente**, inoltre, non è possibile applicare l'eccezione al regime di *opt-in* invece applicabile ai già clienti di cui all'**art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/2003** (cd. *soft spam*).

Secondo tale norma, il titolare può utilizzare i recapiti forniti dal cliente in occasione di un acquisto per inviare comunicazioni su prodotti o servizi identici o analoghi a quelli già acquistati, salvo *opt-out* (opposizione) dell'utente.

Devono quindi sussistere tre elementi che, nelle campagne di marketing effettuate su liste di contatti estratti da elenchi pubblici, sono del tutto assenti: un rapporto contrattuale preesistente, il conferimento spontaneo del recapito e l'analogia merceologica dell'offerta.

Sono invece sottratte al regime di *opt-in* le **comunicazioni di servizio**, ovverosia i messaggi inviati nell'ambito di un **rapporto contrattuale preesistente, con finalità strettamente esecutiva/gestionale** del contratto (es. notifica di stato di un ordine, avviso di scadenza). Non rientrano in tale eccezione le comunicazioni che lasciano intendere il perseguimento di uno scopo promozionale (ad es. «*abbiamo aperto un nuovo punto vendita nella vostra zona*») e che mirano a **promuovere, direttamente o indirettamente**, beni, servizi o l'immagine di un'impresa od organizzazione.

04 *Elenchi pubblici e limitazioni normative*

L'obiezione ricorrente è che le numerazioni telefoniche sono liberamente reperibili. La risposta dell'Autorità è costante da oltre un decennio: già le Linee guida sul contrasto allo spam del 4 luglio 2013 escludevano l'invio di comunicazioni commerciali e promozionali senza consenso anche per dati tratti da registri pubblici, elenchi o siti web.

Il principio è stato confermato con il provvedimento n. 202 del 17 maggio 2023 (doc. web n. 9899880), secondo cui «*la presenza dei dati in elenchi pubblici o in fonti liberamente accessibili, come i siti web o i social network, non ne autorizza l'utilizzo per finalità promozionali poiché tali finalità sono incompatibili con quelle originarie e pertanto non rientranti fra le legittime aspettative degli interessati*».

Alla base di tale assunto vi è il **principio di limitazione della finalità** (art. 5, par. 1, lett. b) GDPR): il numero presente in un elenco pubblico è stato reso disponibile per finalità di reperibilità, non per ricevere offerte commerciali, a maggior ragione se il soggetto è iscritto nel Registro Pubblico delle Opposizioni (RPO).

Vi è poi una limitazione normativa rilevante in relazione all'**informativa** sul trattamento dei dati personali. Se i dati non sono raccolti direttamente presso l'interessato (ad es. numeri estratti da elenchi pubblici), si applica l'art. 14 GDPR, che prevede di fornire l'informativa entro un termine ragionevole e, al più tardi, al momento della prima comunicazione all'interessato.

Tuttavia, informare il soggetto contestualmente all'invio del primo messaggio pone un problema strutturale: l'invio stesso del messaggio costituisce un trattamento illecito se e in quanto non sia stato prestato alcun preventivo consenso dal destinatario.



05 *I rischi per l'impresa in caso di non conformità dell'attività*

L'invio (massivo) di messaggi/comunicazioni via WhatsApp a soggetti non già clienti senza il loro preventivo espresso consenso espone l'impresa a:

- **sanzioni amministrative pecuniarie:** le violazioni delle disposizioni di cui agli artt. 5, 6, 7 e 13 GDPR rientrano nella fascia sanzionatoria massima prevista dall'art. 83, par. 5, GDPR: **fino a 20 milioni di euro o fino al 4% del fatturato mondiale annuo**. Per le violazioni dell'art. 83, par. 4 (es. mancata informativa), il massimo è **10 milioni di euro o 2% del fatturato**. Le violazioni dell'art. 130 del Codice Privacy (comunicazioni indesiderate), inoltre, sono perseguibili d'ufficio dal Garante e possono comportare, oltre alle sanzioni pecuniarie, misure correttive e ordini di blocco del trattamento (art. 58, par. 2, GDPR)
- **reclamo da parte degli utenti:** ai sensi dell'art. 77 GDPR, ogni destinatario dei messaggi può proporre reclamo al Garante Privacy in quanto l'attività di trattamento non è lecita poiché svolta senza aver ottenuto preventivamente il consenso, ovvero senza una base giuridica legittima ex art. 6 GDPR. Ciò aumenta il rischio di attirare l'attenzione dell'Autorità, innescando l'apertura di una potenziale istruttoria
- **rischio reputazionale:** l'avvio di una istruttoria o di un procedimento avanti al Garante Privacy, spesso innescato dai reclami degli utenti, espone l'azienda a rischi reputazionali elevati, oltre che alla conseguente perdita di fiducia da parte degli stakeholders.

06 *Le misure organizzative per un'attività conforme*

Chi intende strutturare un'attività di contatto via messaggistica istantanea in modo conforme alla normativa deve progettare il processo a monte, non correggerlo a valle. A tale scopo, è necessario adottare le seguenti misure:

- **Raccolta e tracciamento del consenso preventivo dell'utente (art. 7 GDPR):** il consenso deve essere acquisito prima di qualsiasi invio, deve essere specifico per la finalità, inequivocabile (opt-in attivo, mai flag preimpostati), documentato e revocabile con la stessa facilità con cui è stato prestato. In concreto, ciò si traduce nella predisposizione di un form on line/modulo per la raccolta del consenso allo svolgimento di attività promozionali mediante WhatsApp da inviare unitamente all'informativa privacy prima di procedere con l'invio dei messaggi WhatsApp. A tale raccolta, come indicato dal Garante Privacy, deve accompagnarsi il tracciamento del consenso, da effettuarsi mediante software CRM o software specifico.
- **Informativa privacy (artt. 13-14 GDPR):** l'informativa deve essere resa al momento della raccolta del consenso, indicando il trattamento dei dati via messaggistica.

- **Verifica del Registro Pubblico delle Opposizioni (RPO):** prima di ogni invio è necessario verificare che il numero non sia iscritto nel RPO.
- **Aggiornamento del registro delle attività di trattamento (art. 30 GDPR):** è necessario aggiornare il registro delle attività di trattamento, indicando l'attività di marketing via WhatsApp quale tipologia di trattamento.
- **Procedura per la gestione delle richieste degli interessati, incluso il diritto di opposizione al marketing diretto (art. 21 GDPR):** è necessario predisporre o, se già presente, attuare la procedura interna per la gestione delle richieste di esercizio dei diritti, incluso il diritto di opposizione, prevedendo una “*blacklist*” per i numeri che abbiano esercitato il diritto di opposizione.

Ciò considerato, nessuna base giuridica alternativa al consenso legittima il contatto promozionale via WhatsApp verso chi non è già cliente. In caso di attivazione di un canale di messaggistica WhatsApp, è opportuno strutturare preventivamente **un sistema di raccolta del consenso opt-in conforme all'art. 7 GDPR** adottando le misure di cui al punto 6 sopra indicate.

Resta ferma la possibilità di inviare comunicazioni informative (per cui non è richiesto il consenso dell'interessato) a condizione che si tratti di comunicazioni che **non** hanno carattere commerciale o promozionale.

Paola Finetto

Partner

paola.finetto@it.andersen.com

Nicolò Bottura

Senior Associate

nicolo.bottura@it.andersen.com



ANDERSEN®

Key Contact