

THE APPLICATION OF “PAY WHEN PAID” PROVISIONS IN CONSTRUCTION  
SUB-CONTRACT

NASYIRA BINTI IBRAHIM

A project report submitted in partial fulfillment of the  
requirements for the award of the degree of  
Master of Science (Construction Contract Management)

Faculty of Built Environment  
Universiti Teknologi Malaysia

JULY 2009

## **ABSTRACT**

For years, general contractors have often enclosed a contractual provision of “pay when paid” in their subcontracts providing that payment to the subcontractor is conditioned upon the general contractor’s actual receipt of payment from the owner. “Pay-when-paid” clauses while seemingly straightforward at first glance but many are actually ambiguous. Instead of “pay when paid” arrangement waiving the right of the subcontractor to be paid, there is competing argument that this clause speaks to timing of payment. Hence, this research intends to identify whether “pay when paid” arrangement in construction sub-contract waiving the right of the subcontractor to be paid or simply a timing mechanism. This research was carried out mainly through documentary analysis of law journals and law reports. Results shows that 8 out of 11 cases identify that “pay when paid” provision in the sub-contract constitute as timing mechanism. “Pay When Paid” provision may become either as timing mechanism and waiving the subcontractor right to be paid. Most of the cases cited that wording of the contractual language in the sub-contract is critical in identify the application of “pay when paid” provision. Unambiguously and sufficiently clearly contractual language must have been used in order for a court to construe such a clause imposed payment to the main contractor as condition precedent to the subcontractor’s right to be paid, rather than limiting the time for payment. Once a judge decides that provision is ambiguous there is nothing for the jury to decide or interpret. Therefore, the subcontractor may take the legal action to challenge the enforceability of the clause to seek immediate payment when they have suffering the risk of non-payment due to the performance problems unrelated to their own work.

## ABSTRAK

Selama bertahun-tahun, kontraktor utama kerap kali memasukkan peruntukan berkontrak “bayar apabila dibayar” dalam sub-kontrak pembinaan dengan memperuntukkan bahawa pembayaran kepada subkontraktor berdasarkan keadaan kontraktor menerima pembayaran sebenar daripada pemilik. Kluasa “bayar apabila dibayar” sekilas pandang jelas dan mudah maknanya tetapi kebanyakannya adalah kabur maknanya. Selain daripada provisyen “bayar apabila dibayar” mengenetepikan hak subkontrak untuk mendapat pembayaran, terdapat percaturan lain yang menyatakan bahawa klausa ini bercakap mengenai masa untuk mendapatkan pembayaran. Oleh itu, kajian ini bertujuan untuk mengenalpasti samada peruntukan “bayar apabila dibayar” di dalam sub-kontrak pembinaan mengenetepikan hak subkontraktor untuk mendapatkan pembayaran atau ianya mengenakan tempoh masa untuk membuat pembayaran. Kajian ini dijalankan melalui analisis dokumen, iaitu laporan dan jurnal undang-undang. Kajian ini menunjukkan 8 daripada 11 kes menunjukkan klausa “bayar apabila dibayar” mengenakan tempoh masa untuk membuat pembayaran. Peruntukan “bayar apabila dibayar” boleh dianggap sebagai mekanisme masa dan juga sebagai mengenetepikan hak subkontraktor untuk mendapat pembayaran. Keseluruhan kes menyatakan bahawa bahasa kontrak adalah kritikal (amat penting) dalam menentukan aplikasi klausa “bayar apabila dibayar”. Klausa yang cukup jelas dan terang tanpa maksud yang samar adalah penting untuk memastikan mahkamah memutuskan bahawa klausa tersebut mengenakan pembayaran kepada kontraktor adalah duluan kepada hak subkontraktor untuk dibayar, selain daripada menghadkan tempoh pembayaran. Apabila hakim memutuskan apabila klausa tersebut samar maknanya adalah tiada kemungkinan untuk juri dan hakim untuk memutuskan dan mengolahnanya lagi. Oleh itu, subkontraktor boleh mangambil tindakan mahkamah dalam mencabar keberkuatkuasaan klausa tersebut dalam mendapatkan pembayaran secara cepat apabila mereka dalam risiko tidak dibayar berdasarkan masalah perlaksanaan yang tiada kaitan dengan kerjanya.